BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

24 - 25
1911 - 12

ANNO XXIV

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

1911

LIBRARY
APR - 7 1969
UNIVERSITY OF TORONTO

K
9
S75
anno
24-25

NATURA CONTRACTUS

ὦ πόσα δύναται τῶν συναλλαγμάτων ἡ φύσις·
(AMBLICH. *ap.* STEPH. in Hb. 2. 601).

SOMMARIO: 1. Le indagini del Longo sulla *natura actionis*, e la formola parallela della *n. contractus*. 2. *N. contractus* nelle fonti giustinianee (Codice - Istituzioni - Novelle). 3. *N. c.* negli scolii dei Basilici: elenco dei riferimenti ai singoli istituti. 4. *Natura* nelle fonti classiche: testi che possono ridursi al significato normale. 5. La formola della *n. c.* in rapporto collo schema bizantino dei *pacta*: principii generali. 6. Applicazione: patti che alterano la misura o l'oggetto della responsabilità: 7. o la figura propria dell'istituto. I testi interpolati: *natura depositi* (D. 16. 3. 24) e *natura mandati* (D. 19. 5. 5 § 4). 8. La teoria generale in D. 2. 14. 7 § 5-6. 9. Risultati esegetici e dogmatici della ricerca.

1. Nei due studi sul « Criterio giustinianeo della natura actionis » [1]) e sulla « Natura actionis nelle fonti bizantine » [2]) il LONGO ha dimostrato l'esistenza di una *natura actionis* come formola dogmatica elaborata dalle scuole bizantine e largamente applicata dai compilatori giustinianei: la formola sta ad indicare la struttura giuridica positiva dell'azione nei suoi elementi sostanziali, e serve nei singoli casi come criterio decisivo per determinare ora il contenuto, ora la legittimazione dell'azione medesima. L'indagine del LONGO mentre gli ha permesso da un lato la determinazione di una serie di testi classici in cui questa formola è stata sicuramente interpolata, ha giovato dall'altro a gettare nuova luce sullo spostamento che il concetto classico dell'azione ha subito nel diritto giustinianeo. Mentre nel diritto classico l'azione, nei suoi singoli tipi autonomi, è l'elemento - per dir così - fondamentale, e lo strumento di tutta l'evoluzione giuridica, in quanto è intorno ad essa che la dottrina elabora man mano la figura dei singoli istituti, nel diritto giustinianeo è il rapporto giuridico sostanziale quello che omai passa in prima linea e a cui si ri-

[1]) In *Studi per V. Scialoja* I, 607 (Milano 1904).
[2]) In *BIDR...*, XVII, 34.

volge direttamente l'attenzione del giurista e del legislatore. Se ancora, per un ricordo storico, le trattazioni si intitolano all'azione di comodato, di deposito, di mandato e così via, la figura del contratto, non dell'azione, sta dinanzi ai compilatori: l'azione non è omai che il mezzo processuale per far valere quel diritto che si sostanzia nel rapporto; essa desume le sue norme e i suoi elementi sostanziali dall'istituto materiale alla cui difesa si applica.

Così, di fronte alla caratteristica individualità dei singoli *judicia* del diritto classico, la *natura actionis* giustinianea rappresenta un gran passo verso la generalizzazione del tipo dell'azione.

La *n. actionis*, salvo le applicazioni strettamente processuali, non fa che rispecchiare la struttura giuridica positiva dell'istituto a cui si riferisce: si è quindi naturalmente indotti [1]) a ricercare nelle fonti la esistenza e la portata di una parallela *natura contractus*. Veramente questa formola non abbraccia che le applicazioni del concetto di natura ad una ristretta categoria di negozi giuridici obbligatorî, ma poichè manca, com'è noto, nella terminologia romana una formola che corrisponda a quella, creata dalla dottrina odierna, di « rapporto giuridico », mi sarà permesso servirmi di « *natura contractus* » come formola generale, coll'espressa avvertenza che essa trova applicazione larghissima anche fuori del campo contrattuale.

Io mi propongo anzitutto di passare in rassegna i testi giustinianei - sì del Codice e delle Novelle che delle Istituzioni - in cui questo concetto è applicato ai singoli istituti: indi di mostrare, sulla scorta dei Basilici e specialmente degli scolii antichi, come largamente - forse anche più che non la *n. actionis* - fosse la formola della *natura contractus* diffusa nella terminologia giuridica delle scuole bizantine: poi, prendendo in esame i testi delle Pandette in cui *natura*, *naturalis*, *naturaliter*, si trovano riferiti in genere al contratto o in ispecie a singoli negozî giuridici, rilevare caso per caso se quelle espressioni vi abbiano il senso normale genuino o quello caratteristico della formola in questione, e se - in tal caso - vi siano elementi formali o sostanziali per ritenerle inserite dai compilatori.

Messa in chiaro la larga applicazione prettamente bizantina di quella formola, sarà facile rilevare la sua importanza dogmatica in

[1]) Già vi accennava il Longo, chiudendo il primo degli accennati scritti: ed a lui devo il consiglio ad intraprendere la presente ricerca.

ordine alla disgregazione subita dal sistema contrattuale romano, in ispecie quando la si consideri nel suo intimo rapporto colla teoria bizantina dei *pacta*.

2. È naturale che il concetto della *natura contractus* ricorra con particolare insistenza in quegli istituti che furono oggetto di speciali riforme giustinianee.

Oggetto di profonde innovazioni fu – com'è noto – la dote. La riforma più saliente di Giustiniano – il «*legislator uxorius*» – in questo campo si riferisce formalmente alle «azioni» dotali: egli abolisce l'*actio rei uxoriae* trasfondendone i requisiti più notevoli in un'azione che conserva il nome di *actio ex stipulatu*: ma le espressioni usate lasciano chiaramente vedere che, riformando le azioni, egli ha di mira il rapporto materiale di cui si vuol trasformare il regime giuridico: così il titolo stesso della famosa costituzione dell'a. 530 (C. [5. 13]. 1): «de rei uxoriae actione *et de natura dotibus praestita*». E nel testo, quasi a giustificare la singolarità di quella sua actio ex stipulatu resa indipendente dalla stipulazione, parla di una nuova *natura* conferita da lui alla *stipulatio de dote*:

> § 2. ..sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere, accomodetur ei *a natura rei uxoriae* etiam bonae fidei beneficium.

e § 2 a. ...et omnes quidem eventus quos dos ex stipulatu habet, maneat *pro sui natura exercens*.

Qui, come già in tema di n.ª actionis era rilevato dal Longo [1]), si avrebbe secondo il pensiero di Giustiniano un innesto della «natura» di un istituto ad un altro, nel senso che alla struttura giuridica dell'istituto nuovo concorrono elementi proprî di un altro che si abolisce, quasi utilizzando il materiale vecchio per la nuova costruzione. Che «natura» sia qui una natura positiva, imposta dal legislatore, è fuori di dubbio: come intendere altrimenti, ad esempio, quella stipulazione tacita che si reputa esistere sempre (§ 13 b. loc. cit.), perfino quando vi è costituzione reale di dote (§ 1 a; 1 b; 13 b.)?

[1]) Per il carattere formalmente procedurale della riforma si parla però di preferenza della *n. actionis*: cfr. Longo, *Crit. giust.*, p. 6 estr.

Altra delle più note riforme è quella relativa al costituto.

C. (4. 18) 2 pr. Imp. Iustinianus A. Iuliano P.P.: Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis *pecuniae constitutae naturam* ampliare.
e § 1 .. suis tamen *naturalibus* privilegiis minime defraudata.

L'imperatore opera qui la fusione tra il *constitutum* e il *receptum argentariorum*, integrando l'uno con elementi tratti dall'altro: il testo è notevole per lo stretto parallelismo che rivela tra la *n. actionis* [1]) e la *n. contractus* [2]): Giustiniano, in correlazione colla cessazione dell'*a. recepticia* dice di voler riformare non l'*actio constitutae pecuniae* ma, direttamente, la figura giuridica del costituto; e veramente i requisiti che si enumerano sono norme positive di diritto sostanziale.

In tema di donazioni trovo pure *natura* nella costituzione dell'a. 529 sul limite delle donazioni che vanno esenti da insinuazione.

C. (8. 53) 34 § 3 Imp. Iustinianus A. Demostheni P.P.: Si quis autem per diversa tempora in eandem personam multas faciat liberalitates, quarum singulae quidem legitimam quantitatem non excedunt, in unum autem compositae et praedicto modo exaggeratae redundare videntur et maioris esse quantitatis, non videatur eas oportere in unum coadunare et introducere modos, per quos non convaleant et in irritum devocentur, sed e contrario et plures intellegantur et singulae *secundum sui naturam* obtineant et monumentorum observatione non indigeant [3]).

Qui, a mio modo di vedere, *natura* non indica semplicemente, in bocca a Giustiniano, la individualità obbiettiva delle singole donazioni; ma si considera questa individualità come elemento decisivo per il regime giuridico di esse, ossia per l'applicabilità o meno dell'obbligo della *insinuatio*: le donazioni sopra o sotto il limite legale

[1]) Per la *n. actionis pec. constitutae* cfr. Longo, *Fonti biz.*, p. 47 estr. (Hb. 4. 577 c. 32 sch. 1 Doroth.).

[2]) Il costituto non è un contratto, ma un patto munito d'azione: v. peraltro genericamente Giustiniano stesso in Ed. 9 c. 5 κατὰ τὴν φύσιν τῶν συμβολαίων [= secundum contractuum naturam] cfr. l. cit. § 1 pecunia constituta *pure contracta*.

[3]) Cfr. le stesse parole in Hb. 4. 589 sch. Isidori.

hanno quindi una diversa *natura* in quanto vanno soggette a un diverso trattamento positivo.

I testi nei quali il criterio giustinianeo della *natura contractus* si rivela nel modo forse più tipico sono in tema di legati e fedecommessi.

C. (6. 43) 1 § 1 Imp. Iustinianus A. Demostheni P.P. (a. 529).

Dopo aver rilevato gli inconvenienti delle distinzioni fra le quattro categorie classiche di legati e di quella tra legati e fedecommessi, ecco come enuncia la duplice riforma:

> Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri et tam legatariis quam fideicommissariis *unam naturam imponere* et non solum personalem actionem praestare sed etiam in rem...

Altrove, ribadendo la perfetta equiparazione tra legati e fedecommessi, qualunque sia l'espressione usata dal testatore:

> l. 2 § 1 *ibid.* Idem Iuliano P.P. (a. 531): Sit igitur secundum quod diximus ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis et omnia, *quae naturaliter insunt legatis*, ea et fideicommissis inhaerere intellegantur, et e contrario, quidquid fideicommittitur, hoc intellegatur esse legatum...

« *Quae naturaliter insunt legatis* » sono, in questo caso, le conseguenze giuridiche proprie dell'istituto del legato, quale è conformato dalla legislazione positiva [1]).

> Di nuovo al § 2: ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniat, hoc fideicommisso quasi humaniori adgregetur et *secundum eius* dirimatur *naturam*.

[1]) Analogamente si parla di una natura delle disposizioni testamentarie a cui l'erede deve conformarsi: Nov. 1 c. 4 pr.: ἀνάγκην ἐπιτιθέντες πάντως εἴσω ἐνιαυτοῦ μετὰ προσέλευσιν καὶ τὰ πρεσβεῖα καταβάλλειν καὶ τὰ ὑπὸ τοῦ διαθεμένου καταλελειμμένα πληροῦν κατὰ τὴν ἑαυτῶν φύσιν καὶ πάντα πράττειν, ὅσα ἔμπροσθεν εἰρήκαμεν [= necessitatem imponentes omnino intra annum post aditionem et legata solvere et a testatore relicta implere *secundum suam naturam*, et omnia facere quaecumque antea diximus]: qui peraltro φύσις potrebbe anche prendersi nel senso più normale.

E in modo anche più generale in una costituzione del 534:

C. (6. 51) 1 § 11 b. Imp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae et urbis Romae. - ...cum huiusmodi legatariorum avaritia varia mente suscepit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans, nos autem omnimodo repellimus, *unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes*, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam.

La riduzione di tutti i legati ad un unico tipo, e le equiparazioni dei legati e dei fidecommessi, consiste, nel pensiero di Giustiniano, nell'aver dato loro «*unam naturam*», ossia una identica struttura giuridica, sottoponendoli alle medesime norme di diritto positivo.

Com'è naturale, la medesima formola ricorre quando i compilatori delle Istituzioni riferiscono la riforma:

I. (2. 20) § 2: Nostra autem constitutio quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes et non verbis sed voluntatibus eorum faventes, disposuit *ut omnibus legatis una sit natura*, et, quibuscumque verbis aliquid derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam: cuius constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est. § 3. Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, *pinguiorem naturam indulgentem*; necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, ut quod deest legatis, hoc repleatur *ex natura fideicommissorum* et, si quid amplius est in legatis, per hoc crescat *fideicommissi natura*.

E di nuovo, e qui lavorando del proprio:

(3. 27) § 7 ... nostra autem constitutio, cum *unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit*...[1])

[1]) Rispettivamente la Parafrasi: ὥστε πᾶσι τοῖς γένεσι τῶν ληγάτων μίαν εἶναι φύσιν (ed. FERRINI, p. 207, l. 18): πλατυτέραν ἔχοντα φύσιν (208. 1): ἐκ τῆς

Il « *naturam indulgere* » delle Istituzioni, come il « *naturam imponere* » delle Costituzioni, è l'indice più evidente che si tratta di una natura creata dal legislatore: la più netta antitesi logica col concetto classico di elemento o di conformazione « naturale ».

In materia contrattuale il criterio della *natura*, così largamente applicato, come si vedrà, nei Basilici, è scarsissimo nei testi di Giustiniano. La formola generica « *natura contractus* » si trova, in tema di vendita, in

C. (7. 17) 2 § 1 Imp. Iustinianus A. Iohanni P.P. (a. 531). Essa si richiama alla riforma giustinianea (l. 1 h. t. a. 528) che abolì l'*adsertor libertatis*: nel regime anteriore - si osserva - se l'*adsertor* moriva in pendenza di giudizio, questo si proseguiva e, se la sentenza era *pro libertate*, il compratore convenuto aveva regresso contro il venditore,

> ut quasi liberae personae venditor reddat id, quod emptionali instrumento continebatur *vel natura contractus exigebat.*

Fu osservato [1]) che Giustiniano riferisce qui una questione che i classici facevano in ordine alla *mancipatio* e all'*auctoritas* con espressioni buone solo per la vendita: la responsabilità del venditore si valuta in base o ai patti speciali o alla natura del contratto, per la quale va inteso il complesso degli elementi - qui, delle obbligazioni - che il diritto positivo attribuisce a ciascuna figura contrattuale. In ispecie, il riferimento alla *natura venditionis* della responsabilità per evizione si ritroverà nei bizantini.

Di una *natura societatis* parlano invece le Istituzioni, in un testo che ha particolare interesse per il riferimento che vi è fatto a un giureconsulto classico.

> I. (3. 25) § 2: De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius *extra naturam*

τῶν fideicommissων ἀναπληρωθῆναι φύσεως (208. 4); ὁπότε μίαν φύσιν ὥρισε (ἡ τοῦ ἡμετέρου βασιλέως διάταξις) ληγάτοις τε καὶ fideicommissοίς (374. 20).

[1]) Longo, *Fonti biz.*, p. 43, ribadendo l'interpolazione delle leggi D. (21. 2) 60 e (19. 1) 11 § 1.

societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet, et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.

Anzitutto, qui mi par chiaro che la *natura* non ha un valore diverso da quello che è consueto per i giustinianei: non può essere infatti se non la struttura giuridica della società, colla parità - o almeno equa proporzionalità - di rapporti che la legge esige fra i soci, quella che può far ritenere invalido il patto di cui si discute.

Piuttosto, che dire dell'attribuzione di questo concetto a Q. Mucio? Sarebbe - già *a priori* - inverosimile che ad esso risalisse questa formola della *n. contractus* che, estranea come si vedrà a tutti gli altri giureconsulti classici, fiorisce solo nelle scuole bizantine: ma per fortuna non manca l'argomento diretto. La decisione di Q. Mucio è riferita da Paolo in un testo del Digesto:

D. (17. 2) 30. Paulus libro 6° ad Sabinum. — Mucius libro quarto decimo scribit non posse [1]) societatem coiri, ut aliam damni aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto; sed potest coiri societas ita, ut eius lucri quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

[1]) MOMMSEN propone di leggere «probe»: solo così sarebbe netta l'antitesi tra Mucio e Servio: ad ogni modo il «non probe» non dovrebbe significare però una semplice riprovazione morale.

Mucio crede che non si possa pattuire che fra i soci lucri e danni abbiano a ripartirsi secondo diverse proporzioni: Servio lo riprende osservando che il lucro o il danno rappresentano la risultanza dell'esercizio sociale, nel senso che non si può parlare di lucro se non già dedotte le spese nè, viceversa, di perdita se non tenuto conto delle entrate: perciò è inesatta l'espressione usata da Mucio che prospetterebbe un'ipotesi assurda; mentre invece, secondo Servio, sarebbe valido il patto che attribuisce ad un socio una determinata percentuale in caso di utili, e una determinata altra in caso di perdita.

A una *natura societatis* nè Mucio nè Servio non accennano nè pensano. Ora la controversia era nota ai compilatori delle Istituzioni appunto da questo testo, già da loro escerpito per le Pandette, e poichè in esso di *natura* non si parla, si deve credere che sia introdotta da loro: è infatti il modo per essi più ovvio per esprimere col linguaggio delle loro scuole il pensiero di Mucio [1]). Una seconda fonte per la conoscenza di questa controversia era per i compilatori il passo corrispondente di Gaio: ma esso presenta disgraziatamente qui appunto una lacuna.

> Gai 3. 149: Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius [*contra naturam societatis esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius*] etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit ut...

Il codice Veronese ha una lacuna da 'Q. Mucius' a 'etiam': non perchè il testo sia illeggibile ma, come rilevo dalla splendida riproduzione fototipica [2]) perchè il copista ha saltato tutto un inciso senza lasciarne traccia. La integrazione adottata da tutti gli editori sulla base del corrispondente passo delle Istituzioni, se corre quanto al senso, non ha nessuna base sicura quanto alle espressioni: sia perchè, come è agevole riscontrare, in tutto questo paragrafo le Istituzioni di Giustiniano seguono il loro modello nel concetto ma se ne scostano continuamente nell'espressione; sia anche perchè non risulta

[1]) Cfr. la Parafrasi (360. 22) ὁ μὲν Quintos Mucios τῇ φύσει τῆς κοινωνίας φησὶν ἐναντιοῦσθαι...

[2]) *Gai codex rescriptus*: riprod. fototipica, Lipsia 1909; f. 17 recto: il foglio è fortunatamente abbastanza ben conservato.

di che precisa lunghezza fosse l'inciso che il copista ha omesso. Base migliore ad una integrazione - sempre dubbia del resto, e approssimativa - sarebbe l'espressione di Mucio conservata da Paolo. In ogni modo, per la questione della *natura contractus* il testo va eliminato.

Sempre nelle Istituzioni giustinianee si ha, in tema di enfiteusi, un altro testo caratteristico in quanto serve a dimostrare la tendenza costante dei compilatori a introdurre la formola prediletta dove in origine non se ne parlava affatto.

> I. (3. 24) § 3: Sed talis contractus (d'enfiteusi), quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est quae *emphyteuseos contractui propriam statuit naturam*, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere *ac si naturalis* [1]) *esset contractus*, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc ... [2]).

Si allude alla costituzione dell'imperatore Zenone che regolò come istituto giuridico autonomo l'enfiteusi, togliendo le dispute che si erano agitate a suo riguardo nella dottrina: ora il testo di quella costituzione, che - inserita nel Codice (4. 66. 1) - i compilatori delle Istituzioni avevano sott'occhio, non parla punto di *natura*, *naturalis contractus*; vi si dice solo questo *jus* separato dagli altri contratti, « conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum »: sono i giustinianei che al solito esprimono così la struttura giuridica positiva data con un'espressa norma di legge al rapporto enfiteutico, struttura che prende norma dalla volontà delle parti in quanto alle loro *pactiones* la legge riconosce efficacia. Il testo mi verrà opportuno di nuovo nell'esaminare il rapporto tra la formola della *natura contractus* e lo svolgimento della teoria dei *pacta*.

Altri testi giustinianei in cui si parla di una *natura* giuridica positiva di singoli istituti sono:

[1]) Forse *naturale contractus*? V. più avanti, a proposito dei patti.

[2]) Analogamente la Parafrasi: « ἥτις (la const. Zenoniana) " ἐμφύτευσιν " τοῦτο ἐκάλεσεν, ἰδιάζουσαν αὐτῷ φύσιν ἐπινοήσασα » (Ed. Ferr. 358. 25, cfr. 359. 2).

C. (3. 33) 15 § 2 Imp. Iustinianus A. Iuliano P.P. (a. 530). Si risolve l'antica controversia sulle conseguenze dell'alienazione parziale di un servo rispetto all'usufrutto acquistato per mezzo suo: Giustiniano accoglie l'opinione di Giuliano:

> Nobis autem haec decidentibus placuit Salvii Juliani admitti sententiam, et aliorum qui in eadem fuerunt opinione, quibus humanius visum est non interemptionem ususfructus studiosam esse, sed magis retentionem, quatenus, etsi pars servi alienetur, tamen nec pars ususfructus deperèat, sed maneat *secundum suam naturam* integer atque incorruptus et, quemadmodum et ab initio fixus est, ita conservetur ex huiusmodi casu nullo deterioratus modo.

L'inciso, di carattere pleonastico, mostra la simpatia bizantina per la formola, che si inserisce anche dove proprio non ce ne sarebbe bisogno.

> C. (3. 33) 13 pr. Imp. Iustinianus A. Iuliano P.P. (a. 530). Cum antiquitas dubitabat usufructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium [1]) et *specialem naturam* sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decidentes compendioso responso omnem huiusmodi dubitationem resecamus.

Si disputava se la *habitatio* sia da riassumersi sotto l'*usus* o sotto l'*ususfructus*: Giustiniano decide che si tratta di una figura autonoma; è quindi la sua statuizione positiva che le attribuisce una struttura giuridica propria, una «*natura specialis*».

> C. (6. 51) 1 § 6 Imp. Iustinianus A. Senatui urbis Constantinopolitanae et urbis Romae (a. 534): Libertatibus procul dubio et post praesentem sanctionem *propter sui naturam*, quae aditionem heredis exspectat, ab adita hereditate una cum aliis quae servis in testamento manumissis vel aliis legatis relicta sunt,

[1]) Cfr. Inst. (2. 5) § 5 quasi proprium aliquod ius.

competentibus. 6 a: Excepto etiam usufructu, qui *sui natura* ad heredes legatarii transmitti non patitur, et usque a morte testatoris neque ab adita hereditate, quantum ad transmissionem, dies eius cedit.

Queste due regole sono in rapporto colla riforma operata da Giustiniano in questa costituzione per cui, tornandosi al regime anteriore alla *lex Papia Poppaea,* il *dies legati cedit* non più coll'apertura delle *tabulae* ma colla morte del testatore. Una prima eccezione è però fatta per i legati a uno schiavo manomesso o legato nel testamento, per il motivo [1]) che se la *cessio diei* avvenisse al giorno della morte del *de cuius*, il legato andrebbe a favore dell'attuale padrone dello schiavo, ossia dell'erede perchè - il principio si richiama alla *natura,* ossia alla propria configurazione ed efficacia giuridica della manomissione testamentaria - le libertà testamentarie competono solo dal giorno dell'adizione Quanto poi all'usufrutto si osserva che per esso non si verifica, nè dall'adizione nè dalla morte del testatore, l'effetto fondamentale della *diei cessio,* in quanto si tratta di un diritto « per sua natura » intrasmissibile.

Analogamente, in modo generico, si allude a una *natura patronatus* in

C. (7. 7) l. § 6 a. Imp Iustinianus A. Iuliano P.P. (a. 530): A proposito della manomissione di un servo comune:

> ... Si tamen sub obtentu libertatis et ipsi ad haec prosiluerint, tunc iudicem competentem omnes compellere sine pretio eis libertatem imponere: peculio quidem in omnes secundum partem dominii distribuendo, jura autem patronatus *secundum sui naturam* omnibus qui libertatem imposuerunt aequaliter habentibus.

La diversità di trattamento tra il peculio, che si divide secondo le quote di comproprietà, e i diritti di patronato si giustifica richiamando la speciale « natura » [2]) di quest'ultimo, per cui esso non soffre divisioni *pro quota*, ma spetta ai singoli ex-condomini in misura uguale.

[1] Cfr. Ulpiano D. (36. 2) 7 § 6; 8.

[2]) Cfr. § 3 della stessa costituzione ove si parla dell'attribuzione dei diritti di patronato *pro suo ordine.*

Genericamente ancora a una *natura debiti* in

C. (5. 11) 7 pr. Imp. Iustinianus A. Iohanni P.P. (a. 531). Si risolve il dubbio dei *veteres* se la costituzione di dote fatta dal padre deva ritenersi fatta sui *bona materna* o altri di cui egli risulti eventualmente debitore verso la figlia:

> Dubitabatur apud veteres, utrum ne videatur pater ex ipso debito dotis vel ante nuptias donationis fecisse promissionem vel dationem, ut sese ab huiusmodi nexu liberet, an debitum quidem remanet *in sua natura,* liberalitas autem paterna dotem vel ante nuptias donationem dare suggessit.

La «*natura debiti*» è qui in generale la sua individualità giuridica, con tutto il complesso dei rapporti giuridici ad essa relativi: quello stesso che al § 2 è chiamato «*figura debiti*» (*debito in sua figura remanente*).

Nella costituzione C. (7. 54) 3 pr. (Imp. Iustinianus A. Iohanni P.P. a. 531) *natura iudicati* è il complesso delle conseguenze giuridiche che la legge positiva attribuisce alla sentenza: nella specie, quella di conferire il diritto ad esigere le usure legali:

> Sancimus, ut si quis condemnatus fuerit, post datas a nobis quadrimenstres indutias centesimas quidem usuras *secundum naturam iudicati* eum compelli solvere, sed tantummodo sortis, et non usurarum, quae ex pristino contractu in condemnationem deductae sunt.

Nella Novella 22 c. 44 § 8, dopo aver ammessa la validità della condizione di vedovanza apposta a liberalità, volendo richiamare le disposizioni date in antecedenza sul regime giuridico da applicarsi in caso di perimento fortuito delle cose che si vogliono rivendicare per inadempimento della condizione, Giustiniano le richiama complessivamente:

> δηλαδὴ τῶν τυχηρῶν περιστάσεων κατὰ τὴν ἑαυτῶν φύσιν καὶ τοὺς ἐπ' αὐταῖς νόμους ἐπὶ τῶν δόσεών τε καὶ ἀναδόσεων θεωρουμένων. [scilicet fortuiti casus *secundum suam naturam* et leges de iis (latas) et in dationibus et in restitutionibus considerandis.].

Per altri testi più generici in cui «*natura*», pur non avendo la caratteristica portata della formola in esame, è certo ben lontana dal

genuino valore classico, basti l'accenno: così *natura casus* C. (7. 47) 1 § 1; *natura causae* C. (2. 59) 2 [1]); Nov. 83 praef. § 1, *natura administrationis* Nov. 20. 7; 25 1. pr.; *natura dubitationis* Nov. 106 pr. Per *natura rei* in I. (4. 6) § 31 v. già il LONGO [2]), e lo stesso [3]) per *natura legum*, in cui pur sempre si rivela il significato di struttura positiva: come in C. (4. 35) 23 pr. ... Sed cum hi, qui circa lites morantur, eandem piam dispositionem [la constitutio Anastasiana] *in sua natura remanere* minime concesserunt [4]);

Nov. 136, c. 5 pr. ...τὴν καθόλου φύσιν τῶν νόμων τῶν ἡμετέρων συνταράξαι... [5]) [universam *legum nostrarum naturam* conturbari].

Cost. *Tanta* § 15 (*aliam naturam* inducere); I. (2. 20) § 3 (*natura utriusque iuris* cognita): testi tutti in cui si è affatto lontani dal classico lex naturae, jus naturale etc., bensì si ha sempre di mira la struttura propria, l'organismo del diritto positivo.

3. A dimostrare la simpatia di Giustiniano per questa formola della *natura contractus* bastano i testi qui ricordati: ma la dimostrazione che quei testi non rappresentano che singoli spunti di una tendenza generale, largamente diffusa nelle scuole bizantine dell'epoca, si raggiunge solo attraverso l'esame del copiosissimo materiale che ci forniscono in proposito i Basilici. Gli scoliasti - e sono, quelli antichi, maestri contemporanei o di poco posteriori a Giustiniano - si servono costantemente di quella formola per indicare sia la struttura concreta data dalla legge a un determinato rapporto, ossia il complesso degli elementi positivi che servono a dargli una figura autonoma, sia quegli stessi elementi singolarmente presi, in quanto determinano il contenuto del rapporto e, specialmente, in quanto essi siano o meno suscettibili di una modificazione per volontà delle parti.

Non pare - o almeno io non ne trovo traccie - che i bizantini

[1]) Cfr. Hb. 1. 306. 20.

[2]) *Fonti biz.*, p. 15.

[3]) *Ibid.*, p. 26, n. 1.

[4]) Cfr. Hb. 2. 151 sch. 1 (lacunoso).

[5]) Cfr. Hb. 2. 740 sch. 20. Ricordo anche, per non avermi a ripetere in seguito: Hb. 2. 586 [STEPH. *ad tit.* D. (12. 1)]; 2. 627 sch. 15 STEPH. [*ad* D. (12. 1) 31 § 1]: καὶ τῇ φύσει καὶ τῇ ἀκολουθίᾳ τοῦ θέματος ἀποβλέψας [= et *naturae* et consequentiae thematis respiciens].

usino la *n. contractus* come criterio d'aggruppamento dei vari tipi contrattuali nel quadruplice schema tradizionale. Nè ciò è senza una ragione: la tendenza sistematica, così largamente esplicata in tema d'azioni dalle scuole bizantine, a cui il criterio appunto della *natura actionis* - come il LONGO ha rilevato - serve ad inquadrare le singole forme processuali nel quadro complesso tracciato nelle Istituzioni, è invece quasi nulla rispetto al raggruppamento delle varie figure contrattuali. Qui si assiste piuttosto alla disgregazione del sistema classico [1]) e, come si vedrà in seguito, precisamente il criterio della *natura contractus* cooperò in misura notevole alla evoluzione della teoria contrattuale in questo senso.

Raccolgo qui le singole più notevoli applicazioni che di questa formola fanno i bizantini ai singoli istituti, rimettendo al seguito le considerazioni d'ordine più generale.

Un istituto a cui riguardo gli scoliasti operano assai spesso col concetto della *natura contractus* è il contratto di deposito, e particolarmente quella figura anomala che è il cosidetto deposito irregolare.

Le recenti indagini del NABER [2]) e del LONGO [3]) hanno dimostrato la elaborazione bizantina dell'istituto, che rappresenta una profonda deviazione dal regime classico del deposito, e la corruzione subita dai tre testi classici fondamentali - l. 26 § 1 e 29 § 1 di Paolo; l. 24 *h.t.* (16.3) di Papiniano - pur riconoscendo però [4]) che anche con Giustiniano il deposito irregolare è sempre considerato come una figura anomala. Ora, una serie di testi dei Basilici mette precisamente in chiaro da un lato che essi ammettono la concessione iniziale del permesso d'usare, e la conseguente restituzione del *tantundem*, e la prestazione delle usure *ex pacto*, che si possono esigere coll'*a. depositi*; dall'altro che questo patto è sempre considerato come fuori della *natura*, ossia della struttura giuridica legislativa del contratto di deposito. Così due scolii alla famosa legge di Papiniano (16.3) 24 in cui

[1]) Già nel *Corpus iuris*, del resto, lo schematismo è quasi esclusivamente rappresentato dalla quadruplice distinzione delle Istituzioni, modellata - colle opportune integrazioni - sul noto schema gaiano, e da scarsi accenni - i principali sempre di GAIO - nel titolo fondamentale del Digesto (44. 7): del titolo corrispondente dei Basilici (52. 1) ci mancano gli scolii.

[2]) *Observatiunculae* in *Mnemosyne batava* 34 (1906) 59 sg.

[3]) *Appunti sul deposito irregolare* in B. I. D. R. 18 (1906) 121 sg.

[4]) LONGO, op. cit., p. 135.

è detto che il patto di restituire il *tantundem* « *egreditur depositi notissimos terminos* ».

Hb 2. 53 (Bas. 13. 2. 24 *sch.* 3) ENANTIOPHANIS.

Ἐπειδὴ τοὺς ὅρους ὑπερβαίνει τοῦ δεποσίτου· τοῦτο γὰρ δηλοῖ καὶ βούλεται ἡ φύσις τοῦ συναλλάγματος, αὐτὰ ἐκεῖνα ἀναδιδόναι ἅπερ ἔλαβεν ὁ δεποσιτάριος.

[quoniam fines egreditur depositi: hoc enim significat et vult *natura* (*huius*) *contractus*, eadem illa reddi quae accepit depositarius].

Hb. 2. 52 (Bas 13. 2. 24 *sch.* 1). È recente, di NOMOPHYLAX, che però riferisce le parole di Cirillo.

...εἰ εἴπῃ ὁ δεποσιτάριος, ὅτι τὰ αὐτὰ χρήματα ἀποδίδωμι, δεπόσιτόν ἐστιν· εἰ δὲ εἴπῃ, τοσαῦτα, παρεξέρχεται τὴν ἀχρίβειαν τοῦ δεποσίτου, καὶ ἀπαιτεῖται τόκος ἀπὸ μόρας καὶ συμφώνου διὰ τῆς δεπόσιτι...

[si dixerit depositarius, eadem reddo, depositum est: si vero dixerit: tantundem, *egreditur naturam depositi*, et exiguntur usurae ex mora et ex pacto actione depositi].

e ὡς ἐναντιοῦται τῇ καλῇ πίστει καὶ τῇ φύσει τῆς δεπόσιτι ἡ τῶν τόκων ἀπαίτησις.

[quod contradicit bonae fidei et *depositi* [*actionis*] *naturae* usurarum petitio].

Se nel deposito irregolare l'*utilitas* è del depositario, ciò è contro la *n. depositi*:

Hb. 2. 590 (Bas. 23. 1. 4 = D. [12. 1] 4 *pr.*) *sch.* [ANONYMI] alle parole « periculo est eius qui suscepit ».

Ἐγὼ γὰρ ὠφελοῦμαι παρὰ τὴν καθόλου τῆς παρακαταθήκης φύσιν.

[Ego enim utilitatem sentio *extra generalem depositi naturam*].

Speciale interesse ha

Hb. 2. 601 (Bas. 23. 1. 9 = D. [12. 1] 9 § 9) *sch.* 25 STEPHANI. – Si commenta il paragrafo d'Ulpiano - fondamentale per la teoria classica:

deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse

[me] aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et poterit ei condici.

Στεφ. Τοῦτ' ἔστιν, οὐ μόνον δεσποτεία καὶ νομὴ καὶ κίνδυνος καθίσταται λοιπὸν ἐπὶ τὸν δεποσιτάριον, ἀλλὰ καὶ ὁ ἀπὸ δανείου λοιπὸν ἁρμόττει κονδικτίκιος, ὡς τοῦ συναλλάγματος ἀμειφθέντος· καλῶς οὖν καὶ ἁρμοδίως ἄν τις τοῦ ἥρωος Ἀμβλίχου κεχρημένος ῥήμασιν ἔιποι, ὦ πόσα δύναται τῶν συναλλαγμάτων ἡ φύσις· ὦ πόσα δι' ἑνὸς μετασχημάτισται ῥήματος· ἅπαντα γὰρ τῷ [τοῦ] χρῆσαι μεταβέρληνται ῥήματι, δεσποτεία, νομή, συνάλλαγμα, κίνδυνος, ἀγωγή.

[Hoc est, non solum dominium et possessio et periculum constituitur deinceps apud depositarium, sed et de cetero condictio ex mutuo competit, quasi contractu mutato. Recte igitur et apte verbis egregii Amblichi dicet quis: *Quanta natura contractuum potest!* quanta uno verbo transformantur! omnia enim verbo " uti " mutantur, dominium, possessio, contractus, periculum, actio].

Il testo è notevole anzitutto perchè riferisce, in una forma così esplicita e quasi enfatica l'attestazione di un antico - Amblico - dimostrando come la teoria della *natura contractus* aveva profonde radici nelle scuole bizantine del periodo pregiustinianeo. Notevole in secondo luogo in quanto Amblico e Stefano riconoscono che colla concessione del permesso di usare - τῷ [τοῦ] χρῆσαι ῥήματι - dato successivamente (patto *ex intervallo*) si muta il contratto e l'azione, il rapporto non è più deposito ma mutuo. Tornerò altrove su questo scolio, fondamentale per l'intimo rapporto che esso lumeggia tra la formola della *n. contractus* e la teoria dei *pacta in continenti* o *ex intervallo.*

Più frequente ancora è l'applicazione della formola in relazione alla diversa misura di responsabilità del depositario e del comodatario. Il parallelismo tra questi due istituti, per quanto non estraneo alle fonti classiche trovando la sua base, oltre che in un'affinità sostanziale, nella analogia dello svolgimento procedurale [1]), è però particolarmente caro ai bizantini, come venne recentemente dimostrato dal De-Ruggiero. [2]) Il punto su cui si insiste di preferenza è la nota

[1]) Sono i due casi tipici (Gai 4. 47) del singolare fenomeno dell'esistenza di due formole, *in ius* e *in factum.*

[2]) *Depositum vel commodatum* in B. I. D. R. 19, p. 5 sg.

diversità dei due istituti quanto alla misura della responsabilità: accanto alla responsabilità del comodatario che arriva alla *culpa levis*, quella del depositario limitata al dolo salta agli occhi dei bizantini come una particolarità degna di essere ogni volta rilevata, come il contrassegno più saliente della loro diversa struttura giuridica positiva. Altro punto spesso trattato è la possibilità di alterare per patto quella misura normale.

Hb. 1. 561 (Bas. 10. 1. 7 = D. [2.14] 7 *pr.*) *sch.* 1 [Stephani]:

Ἑκάστῳ τῶν συναλλαγμάτων φύσιν ἐξ ἀρχῆς ἐπιτεθείκασι οἱ σοφοί, τῷ δεπόσιτο τὸν δόλον, τῷ κομμοδάτο τὸ μὴ κινδυνεύειν ἐπὶ τοῖς τυχηροῖς τὸν χρησάμενον, πλὴν εἰ μὴ διατιμηθὲν πρότερον ἐδόθη αὐτῷ τὸ χρησθέν· τέως δὲ ὅτι τυχηροῖς οὐχ ὑπόκειται κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ὁ χρησάμενος.

[Unicuique contractui *naturam* ex initio *imposuerunt prudentes*, deposito dolum, commodato id, ne periculum praestet is qui commodatum accepit, nisi prius aestimata tradita sit ei res commodata: tamen ita ut non subiaceat periculo *secundum naturam contractus* is qui commodatum accepit].

Difficilmente si potrebbe desiderare una prova più convincente del concetto che hanno i bizantini della *natura*. Se anche, in ipotesi, i giureconsulti classici volessero parlare di una natura del contratto, questa non potrebbe rappresentare che gli elementi talmente insiti nella struttura obbiettiva dell'istituto da potersi in certo modo ritenere congeniti, e indipendenti quindi dall'arbitrio del legislatore: ma che la *natura contractus* sia foggiata dai *prudentes*, i quali stabiliscono, caso per caso, la misura della responsabilità, è tale concetto che non poteva affacciarsi se non alle menti bizantine.

Riferisco, anche per dimostrare la persistenza della teoria, uno scolio recente:

Hb. 2. 30 (Bas. 13 2. 1 = D. [16. 3] 1 § 14) *sch.* 18.

Si spiega il diverso trattamento del pupillo in ordine alla responsabilità per comodato e deposito:

Φαμὲν οὖν ὅτι ἐκ πολλῶν αἰτιῶν ἐπὶ τοῦ δεποσίτου ἔνοχος γίνεται ὁ ἄνηβος, οὐ μὲν ἐπὶ κομμοδάτου· πρῶτα μέν, ὅτι ἐπὶ τοῦ κομμοδάτου, ὅπερ ὀφείλει ἐξάκταμ διλιγέντιαμ, παρὰ φύσιν ἐστίν, ἔνοχον γίνεσθαι τὸν ἄνηβον· ἢ εἶναι τὸν ἄνηβον, καὶ ταύτην, ἢ ἐπιμελεστάτου ἀνδρός, σπουδὴν ἀπαιτεῖσθαι. Ἐπὶ

δὲ τοῦ δεποσίτου, δόλου ἀπαιτουμένου, εἰκότως ἔνοχος γίνεται τούτου ὁ ἄνηβος, εἰ πλησιάζει τῇ ἥβῃ, διὰ τὸ τοὺς τοιούτους ἀνήβους δόλου ἀνέχεσθαι, ὥς φησι κεφ. ρπθ΄. τοῦ γ΄. τιτ. τοῦ β΄. βιβ. ἀλλὰ καὶ τὸ ἑξῆς θέμα τοῦ προκειμένου κεφ. τὸν δεκτικὸν δόλου ἄνηβον παραθήκην λαβόντα φησὶν ἐνέχεσθαι ἀπὸ δόλου. ὥστε κατὰ φύσιν ἀπαιτουμένου ἐπὶ τοῦ δεποσίτου ἔνοχος εἰκότως ὁ τοιοῦτος ἄνήβος γίνεται.

[dicimus igitur quod ex multis causis depositi tenetur impubes, non autem commodati: primum quidem quod in commodato, quod exigit exactam diligentiam, *ultra naturam* est teneri impuberem, aut esse impuberem, et eandem quam [quae est] diligentissimi viri diligentiam exigi. In deposito vero, quod dolum exigit, merito tenetur ex eo impubes, si appropinquat pubertati, quia huiusmodi impuberes de dolo tenentur, ut ait c. 189 tit. 3 § 2. Sed et sequens thema dicti capitis ait impuberem doli capacem qui depositum acceperit de dolo teneri, ut merito huiusmodi impubes teneatur [de eo] quod *secundum naturam* exigitur in deposito].

Il carattere positivo e legislativo della *natura contractus* è posto in chiaro da un' altra serie di scolii più tardi.

Hb. 2. 7 (Bas. 13. 1. 5 = D. [13. 6] 5 pr.) *sch.* 6.

Ἐξ ἀρχῆς εἶπε διὰ τὸ παρὰ φύσιν εἶναι τὸ σύμφωνον· φύσει γὰρ ἤγουν νόμῳ ἐπὶ τῆς παρακαταθήκης τὰ τυχηρὰ τῷ δεσπότῃ κινδυνεύεται· τὰ δὲ παρὰ φύσιν εἰ μὴ ἐξ ἀρχῆς, ἀλλὰ μετὰ τὸ παραληφθῆναι τὴν παραθήκην συμφωνηθέντα οὐδὲν ἰσχύει· φησὶ γὰρ ὁ κανών· τὰ παρὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, εἰ μὴ σύγχρονά εἰσι συμφωνούμενα, ἀγωγὴν οὐ τίκτουσιν, ἀλλὰ παραγραφήν.

[Ab initio dixit, quia pactum est *extra naturam contractus*: nam *ex natura sive lege* in deposito periculum pertinet ad dominum. Pacta autem *extra naturam* quae non ab initio sed post susceptum depositum fiunt, non valent. Ait enim regula: pacta quae sunt *extra naturam contractus*, nisi sincrona sunt, actionem non pariunt, sed exceptionem]. [1]).

Si noti l'« *ex natura sive lege* »: è la legge che fissa la natura dell' istituto.

[1]) In senso analogo, e con più largo svolgimento della teoria dei patti, v. Hb. 2. 11 sch. 27 che riporto altrove.

Hb. 5. 442 (Bas. 60. 10. 16 = D. [13. 1] 16) *sch.* 3.

Καὶ μὴν σχεδὸν παντότε καὶ κατὰ φύσιν τοῦ κομμοδάτου περαιτέρω τῆς ἀμελείας ἐνέχεται, καὶ ἄκραν ἀπαιτεῖται ἐπιμέλειαν· σπανίως δὲ μᾶλλον ἐνέχεται ἀπὸ τῶν τυχηρῶν ἢ ἀπὸ μέσης ἐπιμελείας μόνης.

[Atqui fere semper et *secundum naturam* commodati ultra culpam tenetur et magna ab eo diligentia exigitur; rarius autem tenetur ex casu fortuito vel ex sola media diligentia].

In particolare sul patto iniziale che altera la misura della responsabilità:

Hb. 1. 66 (Bas. 2. 3. 23 = D. [50. 17] 23). Il testo riproduce ed amplifica il noto passo di Ulpiano - che del resto è già un raffazzonamento bizantino, difficilmente sanabile [1]) - in cui è fatta la enumerazione dei diversi contratti in ragione del diverso grado di responsabilità che importano.

Ἔσθ' ὅτε δόλος μόνος ἐν τοῖς συναλλάγμασι ἐπιζητεῖται, ὡς ἐπὶ τῆς παρακαταθήκης καὶ τοῦ κατὰ παράκλησιν· ἔσθ' ὅτε καὶ δόλος καὶ ῥαθυμία, ὡς ἐπὶ τῆς ἐντολῆς καὶ τοῦ εἰς χρῆσιν δεδομένου, πράσεως, ἐνεχύρου, μισθώσεως, ἐκμισθώσεως, προικὸς δόσεως, καὶ τῆς ἐπιτροπῆς καὶ τῆς διοικέσεως τῶν ἀλλοτρίων πραγμάτων· ἐν τούτοις δὲ καὶ ἐπιμέλεια· ἡ δὲ κοινωνία δόλον καὶ ἀμέλειαν ἀπαιτεῖ. Ἀλλὰ ταῦτα, ὅτε μὴ ἐξ ἀρχῆς τι συνεφωνήθη, πλέον ἢ ἧττον εἰσάγον· τὰ γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφονούμενα φύσιν διδόασι τοῖς συναλλάγμασιν, ἐξηρημένου τοῦ μὴ δύνασθαι συμφωνεῖν ἐπὶ τῆς περὶ παρακαταθήκης, μὴ ἀπαιτεῖσθαι δόλον, κτλ.

[Interdum dolus solus in contractibus quaeritur, ut in deposito et precario: interdum et dolus et neglegentia, ut in mandato et commodato, venditione, pignore, conductione, locatione, dotis datione, et tutela, et gestione alienorum negotiorum: in his autem, et diligentia: sed societas dolum et neglegentiam exigit. Haec autem, cum ab initio nihil convenerit quod plus aut minus inducat: quae enim initio pacta sunt, *naturam dant contractibus*, excepto quod non possit conveniri in [*actione*] depositi ne dolus praestetur etc.].

[1]) V. la restituzione tentata da Kübler (*Das Utilitätsprinzip* ecc. in *Festgabe f. Gierke*, p. 38 estr.), sui cui presupposti non saprei consentire del tutto.

Hb. 2. 26 (Bas 13. 2. 1 = D. [16. 3] 1 § 6-7) *sch.* 7-8 STEPHANI.

Παραθέμενος ἐγώ τινι πρᾶγμα σύμφωνον ἐποίησα, ὥστε αὐτὸν καὶ ἀπὸ ῥᾳθυμίας κρατεῖσθαι. ἰσχύει τὸ πάκτον· αὔξει τῆς δεπόσιτι τὴν φύσιν ἐξ αὐτοῦ τοῦ τρόπου μου. Εἰ δὲ πάκτον γένηται, ὥστε ἀπὸ δόλου μὴ κατέχεσθαι τὸν λαμβάνοντα τὸ δεπόσιτον, οὐκ ἔῤῥωται τὸ σύμφωνον· ἐναντιοῦται γὰρ τὸ τοιοῦτον σύμφωνον τῇ καλῇ πίστει καὶ τοῖς χρηστοῖς μάχεται τρόποις.

Στεφ. Τοῦτο νόησον, ἔνθα ἐξ κοντινέντι τὸ σύμφωνον γέγονεν· καὶ γὰρ ἐπὶ τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν τὰ μὲν ἐξ κοντινέντι πάκτα τὴν φύσιν ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος, καὶ τὴν ἀγωγὴν μετατυποῖ· παραγραφὴν δὲ τῷ ῥέῳ χαρίζεται [1].

[Cum rem apud aliquem deposui, pactum feci ut ille etiam ex neglegentia teneretur. Pactum valet; auget *depositi* [*actionis*] *naturam*.... [l'inciso ἐξ αὐτοῦ-μου, verosimilmente corrotto, è incomprensibile]. Sed si pactum factum est ut accipiens depositum non teneatur ex dolo, pactum non valet; adversatur enim tale pactum bonae fidei, et repugnat bonis moribus.

Steph. Hoc intellige, si ex continenti pactum factum est: nam in bona fide actionibus pacta quidem ex continenti *naturam mutant contractus* et actionem transformat; exceptionem vero reo largiuntur].

Nello stesso ordine di idee è TEOFILO, dove, a proposito della legittimazione attiva dell'*actio vi bonorum raptorum*, nota che la responsabilità del depositario può venire elevata per patto:

Paraphr. 4. 2. 2 (ed. FERRINI, p. 397, l. 9) ... τὰ γὰρ γινόμενα πάκτα εἴωθεν ἀμείβειν τὰς τῶν συναλλαγμάτων φύσεις [2].

[pacta enim facta solent *mutare contractuum naturas*].

[1]) Il riferimento è fatto alla *n. actionis*: v. anche Hb. 2. 6 sch. 5 STEPH. e gli altri testi in LONGO, *Fonti biz.*, p. 38 sg. estr.

[2]) Cfr. lo scolio ad h. l. edito da FERRINI in « Memorie del R. Ist. Lomb. - Classe di lettere e sc. stor. e morali », 28 (1891) p. 58: τὰ γὰρ γινόμενα] Ἐὰν γὰρ ἀμελήσω ῥᾳθυμίαν εἰσάγειν κατὰ τὸ συμφωνηθέν. Ἐπείτοιγε ἀπὸ δόλου μόνου ἐνέχεται ὁ depositarios, ὡς εἶπε προλαβών, καὶ οὐκ ἀπὸ ῥᾳθυμίας ἢ diligentias, διὰ τὸ ῥηθὲν ὅτι ὁ ῥᾳθύμῳ παραδοὺς τὸ ἑαυτοῦ πρᾶγμα ἑαυτὸν αἰτιάσθω. ἐνταῦθα δὲ ἐδήλωσεν, ὅτι ἀπὸ πάκτου καὶ συμφώνου τὸ τῆς ῥᾳθυμίας γέγονε· διὰ τοῦτο γὰρ καὶ γέγονεν ἐναλλαγὴ τῇ φύσει τοῦ συναλλάγματος [διὰ τὸ pácton]. [= nam si per neglegentiam praetermisero agere secundum id quod pactum est: quandoquidem ex dolo solo tenetur depositarius, ut supra dicit, nec

Riporto qui, da scolii tardi, due altri casi in cui la varia misura della responsabilità è richiamata espressamente alla *natura contractus*.

Hb. 5. 455 (Bas. 60. 12. 12 = D. [47. 2] 12 *pr.*) *sch.* 1 (tardo).

Parlando della responsabilità normale dei *fullones* e *sarcinatores*, si dice che può venire elevata per patto:

κατὰ φύσιν γὰρ μέσην ἐπιμέλειαν χρεωστοῦσιν οὗτοι.

[nam *secundum naturam* mediam diligentiam debent].

Hb. 5. 418-419 (Bas, 60. 9. 1 = D. [11. 6] 1 pr.) *sch.* 4 HAGIOTHEOD.

Si fa la distinzione tra l'*a. praetoria in factum* contro il *mensor qui falsum modum dixerit* e l'*a. ex locato conducto*, e si osserva che la rimunerazione data al *mensor* non è da considerarsi come mercede, perchè

τοῦτο οὐδὲ φύσεως ἦν ἢ τῆς ἀνάγκης τοῦ συναλλάγματος, ἀλλὰ τῆς ἐμῆς προαιρέσεως.

[hoc nec *naturae* erat nec necessitatis *contractus*, sed meae electionis].

La legge positiva non considera la rimunerazione come elemento essenziale del rapporto: essa può esservi ma non entra nella *natura contractus*.

Hb. 5. 421 (Bas. 60. 9. 3 = D. [11. 6] 3 § 6) *sch.* 12 HAGIOTHEODORITAE.

Nel testo, Ulpiano esamina la responsabilità del *dominus* il cui *servus* abbia, come *mensor*, recato danno:

> Servi autem nomine magis noxale quam de peculio competere ait, quamvis civilis actio de peculio competat.

La massima enunciata nel testo è fondata sul carattere penale dell'*actio* contro il *mensor:* l'inciso finale[1]) è spiegato dallo scoliaste:

vero ex neglegentia vel diligentia, propter dictum quod negligenti relinquens suam ipsius rem, sibi imputet. Hoc casu autem demonstravit quod ex pacto vel conventione illud neglegentiae nascitur, et propterea evenit *mutatio naturae contractus per pactum*].

[1]) Sebbene non lo trovi finora sospettato, non esito ad attribuirlo a Triboniano: ne è indizio formale la sconcordanza, per cui il discorso passa da *iudicium* ad *actio*: sostanziale la menzione strana, e unica nel digesto (cfr. Vocab. berlinese s. v. *civilis*) di una *civilis actio de peculio*: cfr. già il mio scritto sulla *Misura della resp. nell'a. depositi* in *Arch. giur.* 83 (1910), p. 37, n. 3 estr.

ἐπεὶ δὲ μίσθωσίς ἐστι τὸ συνάλλαγμα, κινεῖται λοιπὸν κατὰ τὴν καθόλου τῶν συναλλαττόντων δούλων φύσιν κατὰ τοῦ δεσπότου κονδούκτι δὲ πεκούλιο.

[quoniam autem locatio-conductio est contractus, agitur deinceps *secundum generalem servorum contrahentium naturam* in dominum conducti de peculio] cfr. *sch.* 13;

se cioè fosse intervenuto un contratto di locazione, si avrebbe l'*actio de peculio*, la quale ha la sua base nelle norme di diritto positivo che stabiliscono in quali casi e dentro quali limiti il *paterfamilias* risponde delle obbligazioni assunte dai servi; e questa è per lo scoliaste la *natura servorum contrahentium.*

Nel mutuo, si parla in genere dei suoi requisiti naturali. Così Pomponio (D. [12. 1.] 3) vuole osservare che non è necessario convenire espressamente la restituzione di cose d' uguale bontà: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.

I Basilici (23. 1. 3. Hb. 2. 589) riassumono:

Ἐν τῷ δανείῳ σιωπηρῶς συμφωνεῖται τὸ δοθὲν ἀποδοθῆναι τοῦ αὐτοῦ γένους καὶ τῆς αὐτῆς καλλονῆς.

[In mutuo tacite convenit id quod datum est reddi eiusdem generis et eiusdem bonitatis].

E Stefano (*sch.* 1. Hb. 2. 590) che commenta l'originale:

Σημείωσαι τὴν ἐπὶ τῷ δανείῳ κρατοῦσαν πρόληψιν, καὶ ὅτι τὰ φύσει παρεπόμενα τῷ συναλλάγματι περιττὸν μέν ἐστι ἐκφωνεῖν, οὐ βλάπτει, κατὰ τὸν κανόνα λέγοντα superflua non nocent.

[Nota praesumptionem quae in mutuo obtinet, et supervacaneum esse ea *quae naturaliter contractum sequuntur* exprimere, sed non nocere, secundum regulam: superflua non nocent].

Solo implicitamente è richiamato lo stesso concetto in Hb. 2. 589 (Bas. 23. 1. 2 = D. [11. 2]. 2 § 5) *sch.* 15 Cyrilli.

Ἐπὶ τοῦ δανείου σιωπηρῶς ἔγκειται, τῆς αὐτῆς καλλονῆς καὶ τοῦ αὐτοῦ γένους ἀναδίδοσθαι τὸ πρᾶγμα.

[In mutuo *tacite inest* eiusdem bonitatis et eiusdem generis reddi rem].

Al mutuo è inerente la facoltà di poter esigere la restituzione in qualunque tempo: il patto in contrario ne trasforma la natura.

Hb. 1. 556 (Bas. 11. 1. 4 = D. [2. 14] 4) *sch.* 8.

Εἰ δὲ καὶ δανείσας σοὶ νομίσματα ἐπερωτήσω σε τὴν τούτων ἀνάδοσιν χωρὶς αἱρέσεως, ὥστε κατὰ φύσιν τοῦ δανείου δύνασθαί με ἀπαιτῆσαι ταῦτα, ὅτε βούλομαι, συμφωνήσω δέ, μὴ ἀπαιτεῖν τὸ κεφάλαιον, ἐφ' ὅσον οἱ τόκοι δίδονται, τὸ σύμφωνον ἐνοῦται τῇ ἐπερωτήσει καὶ μεταμείβει τὴν φύσιν αὐτῆς, ἐξ κοντινέντι ἤτοι σύγχρονον ὄν, ἐπ' ὠφελείᾳ τοῦ ῥέου ἤτοι τοῦ ἐναγομένου.

[Nam et si mutuatus tibi nummos stipulatus sim a te eorum restitutionem absque electione, ita ut *secundum naturam mutui* possim petere quando velim; paciscar autem ne sortem petam quamdiu usurae solvantur, pactum inest stipulationi et *mutat naturam eius*, si in continenti fiat, in utilitatem rei].

In uno scolio di Stefano si parla della possibilità di restituire *aliud pro alio*, come criterio caratteristico del mutuo, e della conseguente limitazione dell'oggetto di esso a cose fungibili.

Hb. 2. 588 (Bas. 23. 1. 2. = D. [12. 1] 2 § 1) *sch.* 7 [Steph.].

Ὅπερ ἀνάγκη γίνεσθαι, εἰ καὶ ἐπὶ τῶν ἄλλων γίνεσθαι εἴπομεν δάνειον, οἷον ἐπὶ ἀκινήτων· εἰ γὰρ ἐπὶ δανείῳ δοθῇ μοι ἀκίνητον, ἀνάγκη ἐστὶν ἕτερον ἀνθ' ἑτέρου με καταβαλεῖν ἐκποιησάμενον κατὰ τοῦ δανείου λόγον τὸ ἀκίνητον.

[Quod necesse esset fieri si et in aliis consistere diceremus mutuum, puta in rebus immobilibus; nam si mutuo mihi detur res immobilis necesse est aliud pro alio me solvere si alienavero *secundum naturam mutui* rem immobilem].

La versione dell'Heimbach κατὰ - λόγον = *secundum* - *naturam* non è letterale; ma in sostanza - qui - il λόγος τοῦ δανείου è la struttura giuridica positiva del contratto di mutuo, non essendo qui a parlare di una facoltà derivante da convenzione espressa [1]).

Nella compra-vendita, le due obbligazioni fondamentali del venditore - *rem tradere et promittere duplam* - sono costantemente richiamate alla *natura contractus*.

[1]) In Hb. 2. 122 sch. 4 [Steph.]: φυσικώτερον γὰρ ἐπὶ τοῦ δανείου τὰς ἀπαριθμήσεις σκοποῦμεν [= *naturaltus* enim in mutuo numerationes spectamus] mi pare che, in correlazione col concetto che si tratta di spiegare (φιλαγάθως δὲ ἐδέχθη = benigne receptum est), naturaliter possa avere il significato genuino.

Hb. 1. 629 (Bas. 11. 1. 43 - D. [2. 14] 43) *sch.* 1 [Steph.].

Πέπρακέ τις ἀγρόν, καὶ ἦν μέχρις συμφώνου τὰ τῆς πράσεως. ἴσμεν δέ, ὅτι ἀπὸ μόνου τοῦ συνθέσθαι καὶ ὁρίσαι τὸ τίμημα ἐπὶ τῆς ἀγράφου πράσεως ἔνοχός ἐστιν ὁ πράτης, καὶ καταβαλόντος πρότερον τὸ τίμημα τοῦ ἀγοραςτοῦ ἢ σατισφάκτον ποιοῦντος ἀναγκάζεται τραδιτεῦσαι τὸ πρᾶγμα καὶ ἐπερωτηθῆναι τὴν δούπλαν τοῦτο γὰρ εὑρήσεις ἐν τῷ η.' τῶν δὲ ῥέβους βιβ. τιτ. α.' διγ. ια.' καὶ οὐ χρείᾳ συμφώνων ἰδικῶν, ἵνα γένηται ταῦτα, ὁπότε κατὰ φύσιν ἔνεστι ταῦτα τῷ συναλλάγματι. οὐ γὰρ δύναται εἰπεῖν ὁ πράτης· οὐ συνεθέμην σοι τραδιτεῦσαι τὸ πρᾶγμα ἢ ἐπερωτηθῆναι τὴν δούπλαν· συνεφώνησε γὰρ ἅπαξ, καὶ ὁρίσας τὸ τίμημα οὕτως ἔδοξε συμφωνεῖν. οἶδας ποῦ χρεία πάκτων ἰδικῶν, ὅταν τι θελήσω πακτεῦσαι, ὅπερ οὐκ ἔστι κατὰ φύσιν τῷ συναλλάγματι. οἷον προείληπται περὶ τοῖς νόμοις, χρῆναι τὸν πράτην σχολαίαν τῷ ἀγοραστῇ παραδιδόναι τοῦ πεπραμένου νομήν. οὐ χρεία οὖν, ἵνα γένηται σύμφωνον, σχολαίαν παραδοθῆναι νομήν, ἀλλὰ τοὐναντίον, εἰ βούλεται σχολαίαν μὴ παραδοθῆναι τὴν νομήν, χρεία συμφώνου ἰδικοῦ. τὰ γὰρ κατὰ φύσιν τῷ συναλλάγματι παρεπόμενα πακτεύειν οὐκ ἀναγκαῖον. Ἐπὶ τῶν ἀγορασιῶν τοίνυν (ὅρα γὰρ λοιπὸν τί φησιν τὸ τοῦ διγ. ῥητόν), ἐπὶ τῶν ἀγορασιῶν οὖν, εἴρηται, ἴσμεν, τί παρέχειν ὁ δεβίτωρ ἤτοι ὁ πράτης ὀφείλει, τουτέστι, τραδιτεύειν τὸ πρᾶγμα καὶ ἐπερωτᾶσθαι τὴν περὶ ἐκνικήσεως δούπλαν, ἢ σχολαίαν παραδιδόναι νομήν. Καὶ ὅτι ὁ ἀγοραστὴς ἐκ τοῦ ἐναντίου παρέχειν ὀφείλει, οἷον καταβάλλειν τὸ τίμημα, καὶ δεσπότην τούτου τὸν πεπρακότα ποιεῖν, καὶ τοὺς ἀπὸ μόρας διδόναι τόκους, κατὰ φύσιν παρέπεται τῷ τῆς πράσεως καὶ ἀγορασίας συναλλάγματι, καὶ ἀπαιτεῖ ταῦτα τοῦτο μὲν ὁ πράτης, τοῦτο δὲ καὶ ὁ ἀγοραστής: εἰ μέντοι ἐν τῷ συναλλάγματι ὑπεξῄρηταί τι τῶν κατὰ φύσιν παρεπομένων τῷ συναλλάγματι, χρὴ καὶ τοῦτο παραφυλάττεσθαι.

[Vendidit quis agrum, et fuit usque ad conventionem venditio. Scimus autem quod ex solo consensu et pretii definitione in venditione sine scriptis obligatus est venditor, et solvente antea pretium emptore vel satisdationem faciente, cogitur tradere rem et promittere duplam. Hoc enim lib. 8 eorum quae de rebus sunt, tit. 1 dig. 11 reperies. Neque opus est specialibus conventionibus ut haec fiant, quando *secundum naturam haec insunt contractui.* Neque enim venditor dicere potest: non consensi tecum tradere rem et promittere duplam: semel enim convenit, et pretio definito sic convenire videtur. Nosti, quando necesse sit specialibus pactis, si scilicet pacisci quid velim, quod *secundum naturam contractui*

non inest. Verbi gratia legibus praesumitur debere venditorem vacuam possessionem rei venditae emptori tradere. Non est igitur necesse ut fiat conventio de vacua possessione tradenda, sed per contrarium, si velit non vacuam tradi possessionem speciali conventione opus est. De his enim *quae secundum naturam contractum sequuntur* pacisci non est necesse. In emptionibus igitur (ceterum enim vide quod in textu digesti dicatur) in emptionibus igitur dictum est. scimus, quid debitor sive venditor praestare debeat, hoc est tradere rem et promittere circa evictionem duplam, vel vacuam tradere possessionem. Et quod per contrarium emptor praestare debet, velut pretium solvere et dominum eius facere venditorem, et usuras ex mora praestare, hoc *secundum naturam connexum est contractui venditionis et emptionis*, et haec partim venditor partim emptor exigit; si tamen in contractu exceptum sit *aliquid contractui secundum naturam annexum*, debet etiam hoc servari].

Si tratta di elementi inerenti alla struttura giuridica del contratto di compravendita, e che non hanno perciò bisogno di essere espressamente pattuiti: ciò che sarebbe invece necessario se si trattasse di elementi estranei. E seguita Cirillo:

ἔι τι παρὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος συμφωνηθῇ, φυλάττεται.

[in emptionibus si quid *extra naturam contractus* convenit servatur] [1]).

In particolare per la responsabilità per evizione, è di prammatica per gli scoliasti una distinzione: mentre l'obbligo di *promittere duplam* è inerente alla *natura contractus*, non lo è invece quello di costituire un fideiussore *ad hoc*, e questo perciò deve essere espressamente pattuito.

[1]) Cfr. parallelamente Hb. 2. 320. 35 [= D. (21. 2) 37 § 1] ove si parla di *inesse naturaliter* all'*a. ex empto*, mentre il testo d'Ulpiano dice semplicemente « oportet, nisi aliud convenit ». V. anche Steph. in Hb. 2. 634 [sch. a D. (2. 14) 40]: ...συνέδοξεν τὸν πράτην μὴ ἐπερωτηθῆναι τὴν δούπλαν, ὅπερ ἡ φύσις ἔχει τοῦ συναλλάγματος, καὶ ὅπερ κατὰ φύσιν τῇ ἐξ ἔμπτο παραπέπηγεν [convenit venditorem non repromittere duplam, *quod natura habet contractus* et quod *secundum naturam* actioni ex empto inest].

Hb. 1. 38 (Bas. 2. 1. 26 = D. [1. 3] 16) *sch.* 2 ANONYMI.

Εἰσί τινες ἀγωγαί, αἵτινες ἔχουσί τινα φυσικῶς ταύταις ἑπόμενα· οἷον ἡ πρᾶσις καὶ ἡ ἀγορασία φυσικῶς ἔχει τὸ ἐπερωτᾶσθαι τὴν δούπλαν. τοῦτο γὰρ κατὰ φύσιν τῇ ἐξ ἔμπτο παραπέπηγεν, ὡς βιβ. ιθ.' τιτ. ια.' κεφ. β.' τὸ δὲ ἐγγυητὴν ἐπὶ τῇ δούπλᾳ διδόναι τὸν πράτην παρὰ τῆς πράσεως κανόνας ἐστί· πλὴν ἰδικῶς νομοθετηθὲν παρὰ τὸν καθόλου ἰσχύει. καὶ εἰ συμφωνηθῇ, οὐκ ἔστι κόντρα λέγεμ τὸ σύμφωνον· ἐξ ἰδικοῦ γὰρ νόμου κυροῦται.

[Quaedam sunt actiones quae nonnulla habent *quae eas naturaliter sequuntur*: ut puta emptio et venditio *naturaliter habet* duplam stipulari: hoc enim *secundum naturam* actioni ex empto convenit, ut lib. 19 tit. 11 cap. 2. A venditore autem duplae nomine fideiussorem dari extra venditionis regulas est: verum si specialiter constitutum sit contra ius commune, valet: et si id convenit, pactum contra legem non est, nam lege speciali confirmatur].

Lo scolio è alla legge di Paolo che dà la definizione del *jus singulare*, e l'esempio fatto era quello corrente nelle scuole, tanto lo si trova ripetuto. Il carattere positivo della *n. contractus* vi è energicamente rilevato, perchè all'obbligo che *naturaliter sequitur* si contrappone ciò che è extra venditionis *regulas*, contra *jus* commune. È poi notevole il perfetto parallelismo, anzi l' intreccio tra la *n. actionis* e la *n. contractus*. Si passa indifferentemente dall' una all'altra: lo scoliaste comincia sulla base dell'azione ma poi entra subito a parlare del rapporto materiale [1]): la *stipulatio duplae* è *naturalis* all' *actio* in quanto è inerente alla *natura contractus*.

Lo stesso scambio dei due punti di vista trovasi in

Hb. 2. 632 (Bas. 23. 1. 42 = D. [12. 1] 40) *sch.* 1 STEPHANI.

Οἷον παραπέπηγε κατὰ φύσιν τῷ τῆς πράσεως καὶ ἀγορασίας συναλλάγματι καὶ τῇ ἐξ ἔμπτο τὸ τὸν πράτην ἐπερωτᾶσθαι τὴν δούπλαν, οὐ μὴν καὶ ἐγγυητὴν ἐπὶ τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας τῷ ἠγορακότι προσκαθιστᾷν.

[Qualiter insitum est *secundum naturam* contractui emptionis et venditionis et [actioni] ex empto venditorem duplam repromittere, non autem et fideiussorem stipulationis duplae nomine emptori constituere].

[1]) Per la *n. a.* v. Hb. 1. 561 sch. STEPH.

Ancora, con riferimento però solo all'azione,

Hb. 1. 656 (Bas. 11. 1. 74 = C. [2. 3] 13) *sch.* 1

2. 287 (Bas. 19. 8. 11 testo = D. [19. 1] 11 § 1)

2. 323 (Bas. 19. 11. 56 testo = D. [21. 2] 60).

Anche rispetto ad altri elementi il riferimento è fatto - almeno formalmente - alla *n. actionis*: così

Hb. 2. 541 (Bas 22. 5. 13 = D. [12. 2] 13 § 3-4) *sch.* 8 [STEPH.].

Διὰ τοῦτο ἐνταῦθα τὴν ἐξ ἔμπτο καὶ τὴν ἐξ βένδιτο καὶ τὴν πρὸ σόκιο δίδωσιν ἐπὶ τοῦ προκειμένου θέματος, ἐπειδὴ φύσιν ἔχουσι καὶ ψιλῇ συναινέσει συνιστάναι, καὶ οὐ δέονται φάκτου τινὸς εἰς τὸ συστῆναι, τυχὸν τῆς ἀναριθμήσεως.

[Propterea hic (actionem) ex empto et ex vendito et pro socio dat in proposita specie quia *naturam habent et nudo consensu contrahi* et non egent facto aliquo ut constituantur, verbigratia numeratione].

Qui si vuole giustificare la concessione dell'azione ma, sebbene grammaticalmente il - φύσιν ἔχουσι - vada riferito al sottinteso ἀγωγαί, lo scoliaste pensa alla struttura giuridica positiva del rapporto, non dell'azione: la distinzione tra consensuali e reali, a cui qui s'allude, è propria dei rapporti materiali, non delle azioni.

Una serie di testi si raggruppa intorno all'obbligo di prestare le usure.

Hb. 2. 648 (Bas. 23. 1. 50 = C. [4. 2] 6) *sch.* 5.

Κινεῖται... ἡ ἐξ βένδιτο κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν ἐπὶ τῶν τιμημάτων, τὸν κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν τόκον ἐπιζητοῦσα.

[Movetur... actio ex vendito *secundum propriam naturam* ad pretium, usuram exigens *secundum propriam naturam*].

È nella «natura» dell'*a. ex vendito* esigere le usure: ma l'obbligo di prestazione delle usure è invece direttamente riferito - nella sua triplice forma di usure *ex pacto, ex mora, ex versione in usum* - alla natura sostanziale dei contratti di buona fede:

Hb. 2. 53 (Bas. 13. 2. 25 = D. (16 3) 25 § 1) *sch.* 3 STEPHANI.

Φύσις δὲ αὐτοῖς (i contratti di buona fede) τόκον ἀπαιτεῖν ἀπὸ συμφώνου, ἢ μόρας ἢ συγχρήσεως.

[*Natura est illis* (b. f. contractibus) usuras exigere vel ex pacto, vel ex mora, vel ex usu].

Manifestamente la *natura* è anche qui una creazione positiva.

Ancora il solito scambio tra *n. actionis* e *n. contractus* si ha in Hb. 2. 673 (Bas. 23. 3. 1 = D. [22. 1] 1 pr.) *sch.* 3.

Διαφορά ἐστι τῶν ὀφφικίῳ τοῦ δικαστοῦ ἀπαιτουμένων τόκων καὶ τῶν κατὰ φύσιν τῆς ἀγωγῆς.

[Differentia est inter usuras officio iudicis petitas et eas quae petuntur *secundum naturam actionis*]; e poi

...ὁ δὲ ἀπὸ συγχρήσεώς ἐστι ὁ κατὰ φύσιν τῆς ἀγωγῆς.

[usurae ex usu sunt *secundum naturam actionis*]; mentre poco dopo

οἱ δὲ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος ἀπαιτούμενοι τόκοι, κἂν ἡ προτότυπος ἀγωγὴ κατενεχθῇ εἰς δικαστήριον διὰ τὸ κεφάλαιον ἐπερωτηθῆναι, δύνανται διὰ τῆς αὐτῆς ἀγωγῆς ἀπαιτεῖσθαι.

[Usurae autem *secundum naturam contractus* petitae, licet principalis actio deducta sit in iudicium circa sortem, possunt per eandem actionem peti].

Nel mandato, come già nelle fonti classiche anche per i bizantini si presenta specialmente la questione della sua delimitazione dai rapporti giuridici affini (locazione, deposito, contratti innominati); per i bizantini ciò si risolve sempre nell'indagine: quali elementi costituiscano la *natura mandati*, ossia quali siano gli elementi onde il diritto positivo caratterizza questo di fronte agli altri istituti.

Hb. 2. 68 (Bas. 14. 1. 1 = D. [17. 1] 1 § 4) *sch.* 5 STEPHANI.

Nel testo classico Paolo (l. 32 *ad edictum*) osservava:

mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo (vero?) est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

Σημείωσαι, ὅτι κατὰ χάριν εἶναι δεῖ τὸ μανδάτον· μισθὸς γὰρ ἐντεθεὶς ἀμείβει τοῦ μανδάτου τὴν φύσιν καὶ ποιεῖ λοκάτον καὶ κονδούκτον τὸ συνάλλαγμα. ἕτερον δέ ἐστιν, εἰ σαλάριον ἐκορήγησεν ὁ ἐντειλάμενος ἢ ἀντίδωρον δέδωκεν· ἐπὶ τούτοις γὰρ μένει ἡ τοῦ μανδάτου φύσις ἐπὶ σχέματος σωζομένη, καὶ οὐκ

ἀμείβεται διὰ τοῦ δεδομένου σαλαρίου, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ σ.' κεφ. τοῦ παρόντος τιτ. φησίν, ἔνθα καὶ τοῦτο προστίθησιν, τὸ· τὴν ἀπαίτησιν ἔχει τοῦ ὁρισθέντος σαλαρίου, ἐν ᾧ σύμμετρόν ἐστιν. ἔξτρα ὄρδινεμ δὲ αὐτὸ ἀπαιτεῖσθαί φησιν.

[Nota quod gratuitum debet esse mandatum; merces enim interveniens *mutat mandati naturam* et efficit ut contractus locatio et conductio fiat. Aliud autem est si salarium mandans praebuit, aut remunerationem dedit: cum his enim *manet mandati natura in suo statu salva*, et per salarium datum non mutatur, ut Ulpianus c. 6 huius tit. ait, ubi et hoc adiicit, salarium definitum peti posse, si modicum sit. Extra ordinem autem illud peti ait].

Il mandato è di sua natura gratuito, ma una rimunerazione non ne altera la figura giuridica quale è fissata da Ulpiano - o meglio da Giustiniano - nella l. 6 h. t.

Ancora per la gratuità del mandato:

Hb. 2. 75 (Bas. 14. 1. 6 = D. [17. 1] 6 § 6) *sch.* 12 Stephani.

Ἐν τούτοις παραβαίνει τοῦ μανδάτου ἡ φύσις, ἐπειδὴ μὴ γρατούϊτον εἶναι δοκεῖ τὸ μανδάτον, ἔχει δὲ κέρδος ἐνταῦθα...

[... *excedit natura mandati* in his, quia mandatum non gratuitum esse videtur, habet autem lucrum tum...][1]).

Genericamente si ricorre alla *natura mandati* in uno scolio alla l. 1 § 1 D. 15. 4 in cui si vuol chiarire la distinzione tra il mandato e il *jussus*.

Hb. 2. 256 (Bas. 18. 8. 1 = D. [15. 4] 1 § 1) *sch.* 1 [2]).

Μὴ νόμιζε αὐτὸ ἀποτέλεσμα κέλευσιν καὶ μανδάτον. ἔνθα μὲν γὰρ ἐκέλευσεν ὁ δεσπότης, δύναται ὁ κελευσθεὶς πληρῶσαι τὸ κελευσθέν. ἔνθα δὲ ἐντελλόμενος ἐπέτρεψεν, οὐ δύναται παραιτεῖσθαι τὸ φάκτον ἢ τὸ μανδάτον, ἅπαξ καταδεξάμενος, διὰ τὴν καθολικὴν τοῦ μανδάτου φύσιν. τὸ μὲν γὰρ κελεύειν, δεσπότου ἢ πατρός· τὸ δὲ κελεύεσθαι, δούλου ἢ υἱοῦ.

[Ne putes eandem esse vim iussus et mandati. Nam cum iussit dominus, potest is qui facere iussus est iussum implere.

[1]) Cfr. Longo, *Fonti biz.*, p. 50 sg.: spec. Hb. 2. 611 sch. 5 Steph., per l'alterazione della *natura actionis mandati* coll'intrusione di elementi propri della *condicticia*.

[2]) Cfr. sch. Cyrill. in Hb. 5. *Suppl.* 253.

Verum ubi mandans iniunxit, non potest recusare factum vel mandatum quod semel suscepit, *propter generalem mandatorum naturam*. Nam iubere quidem domini vel patris est, iuberi vero servi vel filii].

Secondo Celso (l. 7 *digestorum*: l. 48 § 1 D. 17. 1),[1]) l'incarico di contrarre mutui attivi ad arbitrio, restando solo il rischio a chi dà l'incarico, è «*extra mandati formam*»; espressione che nell'indice di STEFANO si trasforma in quella solita della φύσις.

Hb. 2. 128 (Bas. 14. 1. 48 = D. [17. 1] 48 § 1):

εἰ δὲ, ἵν' ᾧτινι θέλῃς, δανείσῃς, καὶ σοι πραχθῇ, καὶ τοὺς τόκους λάβῃς, μόνος δὲ ὁ κίνδυνος εἰς ἐμὲ φέρηται, ὑπὲρ τὴν φύσιν ἐστὶ τῆς ἐντολῆς.

[Si vero, ut cui volueris credas, et tibi negotium geras, et usuras recipias, solum vero periculum ad me pertineat, *ultra naturam est mandati*];

mentre nello *sch.* 5 (Hb. *ibid.*) lo stesso STEFANO torna alla terminologia del digesto:

ὑπερβαίνει τοῦτο τοῦ μανδάτι τὸν τύπον.

[egreditur hoc *mandati formam*].

In societate coeunda – osserva Paolo (l. 6 *ad Sabinum*: l. 17 § 1 D. 17. 2) – nihil attinet de renuntiatione cavere, quia ipso iure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit. Ecco ora come rendono i Basilici:

Hb. 1. 735 (Bas. 12. 1. 17 = D. [17. 2] 17 § 1) [*index* ANON.]:

Ἐν τῇ συστάσει τῆς κοινωνίας οὐδὲν δεῖ περὶ τῆς ἀπαγορεύσεως συμφωνεῖν. κατὰ φύσιν γὰρ τῆς κοινωνίας ὁ κατὰ καιρὸν ἀπαγορεύσας ἐνέχεται.

[In societate coeunda nihil attinet de renuntiatione convenire: nam *ex natura societatis* qui intempestive renuntiavit tenetur]:

l'*ipso iure* è reso con «*ex natura societatis*»: è infatti ciò che per statuizione del diritto positivo è inerente alla struttura giuridica dell'istituto.

[1]) Non possono interessare qui, se non indirettamente, le sottili indagini istituite su questo testo dal BORTOLUCCI (*Studii critici e giuridici sul digesto* in B. I. D. R. 20 [1908], p. 27 sg.).

Hb. 1. 783 (Bas. 12. 1. 71 = D. [17. 2] 73) *sch.* 2 STEPHANI:

Τὸ κατὰ φύσιν ἑπόμενον τῇ τουτόρουμ βονόρουμ κοινωνίᾳ φησίν· καὶ ταύτης γὰρ τῆς τῶν ῥημάτων προσθήκης ἐκτὸς ἐπὶ τουτόρουμ κοινωνίας τὰ τοιαῦτα δαπανήματα καταλογίζεται τῷ κοινωνῷ, ὡς ἔγνως ἐν τῷ λθ'. διγ. τοῦ φαμ. ἑρκ. τῶν δὲ ἰουδίκιις.

[Ait id quod *secundum naturam* sequitur societatem omnium bonorum: nam et si haec verba adiecta non sint, eiusmodi impendia in societate omnium bonorum socio imputantur, ut dig. 39 tit. fam. erc. parte de judiciis didicisti]:

si richiama alla *natura* della *societas omnium bonorum* il principio per cui spese ed introiti vanno ugualmente ripartiti fra i socii, indipendentemente da patto speciale.

Per la «natura» consensuale del contratto di società, addotta come criterio di decisione in tema di *a. pro socio*, cfr. Hb. 2. 241, già citato in materia di compravendita.

Alla *natura* dell'azione vanno invece riferiti alcuni scolii di STEFANO (Hb. 1. 751-752 *sch.* 6. 8. 9) relativi all'aumento della misura della responsabilità in base all'*aestimatio*: in tema di responsabilità infatti anche gli scoliasti hanno, di regola, di mira più l'azione che non il rapporto: ma la considerazione dell'elemento materiale erompe di tratto in tratto:

sch. 6: δεῖ τοίνυν εἰδέναι, ὅτι ἡ αἰστιματίων τῇ φύσει τοῦ συναλλάγματος προστίθησι.

[oportet igitur scire *quod aestimatio naturae contractus adiicit*];

sch. 8: δεῖ τοίνυν εἰδέναι, ὅτι ἡ διατίμησις τῇ φύσει τοῦ συναλλάγματος προστίθησι.

[oportet igitur scire *quod aestimatio naturae contractus adiicit*].

Le varie figure di *stipulatio* hanno una propria «natura» speciale.

Così è nella natura della stipulazione alternativa l'esservi facoltà di scelta tra l'una o l'altra delle prestazioni dedotte *in obligatione*: THEOPHILUS *Paraphr.* 4. 6. 33 d. (ed. FERRINI, p. 439, l. 11):

... τὴν ἐπιλογήν, ἣν ἡ φύσις τῆς ἐπερωτήσεώς σοι παρέχει ...

[electionem, quam *natura stipulationis* tibi praebet];

e (l. 26) ἐπιλογήν, ἣν ἡ φύσις αὐτῷ δίδοται τῆς ἐπερωτήσεως.
[electionem, quam *natura stipulationis* ei dat.] [1]).

Più interessanti sono alcuni testi in materia di stipulazione aquiliana. Una regola fondamentale di questo istituto è quella data da Papiniano (D. [2. 15] 5): che cioè la *stip. aquiliana* limita la sua efficacia alle liti alla cui transazione si pensa, e non si applica a quelle che le parti non avevano preso in considerazione. È stata – osserva espressamente Papiniano – la *interpretatio prudentium* che, restringendo con un processo logico la portata della stipulazione concepita in termini generali, ha eliminato le conseguenze eccessive che essa avrebbe altrimenti portato. La massima ha quindi un'origine storica precisa: per i bizantini è un elemento della « natura » positiva dello istituto.

Hb. 1. 621 (Bas. 11. 1. 35 = D. [2. 14] 35) *sch.* 1 Steph.

...φύσις μὲν γὰρ τῇ Ἀκουιλιανῇ ὁμολογίᾳ, μόνων ἐκείνων καταφέρειν τὴν ἀγωγήν, περὶ ὧν οἱ τὴν διάλυσιν πεποιηκότες ἐνεθυμήθησαν.
[*natura* enim (haec est) *Aquilianae stipulationi*, earum tantum rerum actionem deducere, de quibus illi qui transactionem fecerunt, cogitaverant].

e Hb. 1. 684 (Bas. 11. 2. 9 = D. [2.15] 9 § 2) *sch.* 4 Stephani.

Εἰ γάρ τις πολλὰς ἔχων ἀγωγὰς διαλύσηται, εἰ καὶ μὴ πασῶν ἐνεθυμήθη τῶν ἀγωγῶν, καὶ Ἀκουιλιανὴ προῆλθεν ὁμολογία, τὸ ἀπόκριτον ἔχει ἐπὶ τοῖς μὴ ἐνθυμηθεῖσι, κατὰ τὴν φύσιν τῆς Ἀκουιλιανῆς ὁμολογίας, ἥτις μόνας ἐκείνας δαπανᾷ τὰς ἀγωγάς, περὶ ὧν ἐνεθυμήθησαν οἱ διαλυσάμενοι.
[nam si quis multas habens actiones transegit, et non de omnibus actionibus cogitaverit, et Aquiliana stipulatio intervenerit, integrum habet de iis de quibus non cogitavit, *secundum naturam Aquilianae stipulationis*, quae illas solas consumit de quibus cogitaverint transigentes].

Consunzione generale non può quindi esservi se non con una dichiarazione espressa, che amplia i « naturali » confini della *stip. Aquiliana*:

[1]) Le Istituzioni parlano qui del *genus stipulationis*.

Hb. 1. 670 (Bas. 11. 2. 4 = D. [2. 15] 4) *sch.* 1 STEPH.

ὅτε τοίνυν αἱ μὴ ἐνθυμηθεῖσαι ἀγωγαὶ κατὰ φύσιν τῆς Ἀκουιλιανῆς ὁμολογίας ἰδικῶς ἐντάττονται.

[quum igitur actiones de quibus non sit cogitatum *secundum naturam aquilianae stipulationis* specialiter inserantur].

Ancora in tema di stipulazione:

Hb. 2. 684 (Bas. 23. 3. 4 = D. [22. 1) 4 *pr.*) *sch.* 4 NICAEI:

Ἀλλὰ καὶ ἡ ἐπὶ τῇ πράσει κατὰ μετάθεσιν προβαίνουσα ἐπερώτησις οὐ κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν γυμνάζεται, ἀλλὰ τὴν τῆς ἐξ ἔμπτο δύναμιν ὑποδύεται, καὶ ταῦτα ἀπαιτεῖν δύναται, ὅσα καὶ ἡ ἐξ ἔμπτο δύναται.

[Sed et stipulatio novandi animo interposita ex causa emptionis, non *secundum naturam suam* exercetur, sed vim actionis ex empto assumit, et per eam peti possunt quaecumque per actionem ex empto petuntur]:

la stipulatio novandi animo ex causa emptionis perde la propria « natura » assumendo quella dell'a. ex empto: natura è detto qui con riguardo alla funzione processuale [1]).

[1]) Si osservi anche Hb. 2. 595 [Bas. 23. 1. 9 = D. (12. 1) 9 pr.] sch. 3 STEPH.: Βλέπε γάρ, πῶς ἀδιαστίκτως ὁ νόμος ἐπιφέρει λέγων, ἀπὸ παντὸς συναλλάγματος ἔξεστιν ἡμῖν κέρτως κινεῖν. Θεόφιλος μέντοι ὁ μακαρίτης φησίν, μήτε ἀντὶ τῆς ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεως, μήτε ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμπτο ἣν ὁ ἀγοραστὴς δύναται κινεῖν, κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον, καθὸ ἡ μὲν ἐν φακιένδο ἐπερώτησις κατὰ φύσιν ἰγκέρτα ἐστίν. τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν κατὰ φύσιν ἴγκερτα εἶναί φησιν, ὡς τὰς ἐν φακιένδο ἐπερωτήσεις, τὰ δὲ διὰ τὴν συναλλασσόντων ἄγνοιαν, ὡς ἔνθα τις ἐπερωτᾷ τὰ ἐν τῇ κιβοτῷ· καὶ ἐπὶ μὲν τῶν κατὰ φύσιν ἰγκέρτων οὔ φησι κινεῖσθαι τὸν κονδικτίκιον· ἐπὶ δὲ τῶν ὅσα μὴ κατὰ φύσιν, ἀλλὰ διὰ τὴν ἄγνοιαν τῶν συναλλασσόντων ἐστὶν ἴγκερτα, κινεῖσθαί φησι τὸν κονδικτίκιον· ἐπειδὴ ὁ ἀγοραστὴς καλῶς λέγει σὶ πάρετ δάρε. οὔτε γὰρ ἀνάγκη τὸν πράτην δεσπότην ποιεῖν τὸν ἀγοραστήν, ἀλλὰ μόνον αὐτῷ τραδιτεύειν ἀναγκάζεται τὸ πεπραγμένον, καὶ ἐπερωτᾶσθαι τὴν περὶ ἐκνικήσεως δούπλαν. ταῦτα μὲν οὖν, ὡς εἶπον, Θεόφιλος ὁ μακαρίτης. [Observa enim quomodo lex indistincte dicat: ex omni contractu licet nobis condicere. Theophilus tamen beatae memoriae ait, nec pro stipulatione quae in faciendo consistit, nec pro actione ex empto qua emptor uti potest, condictionem intendi posse, quatenus stipulatio quae in faciendo consistit, incerta est. Contractuum enim quosdam *secundum naturam incerta esse* ait, ut stipulationes in faciendo, quosdam propter contrahentium ignorantiam, ut cum quis stipuletur quae in arca sunt. Et in his quidem *qui secundum naturam incerti sunt*, ait cessare condictionem, in his autem qui *non secundum naturam* sed propter contrahentium ignorantiam incerti sunt, ait condictionem intendi: in actione autem ex empto emptor recte dicit: si paret dare. Neque enim venditor

In tema di dote, la nota distinzione fatta dai classici, secondo la sua provenienza, in profettizia ed avventizia, ha un intimo nesso coll' ordinamento giuridico positivo dell' istituto dotale, in quanto variano secondo i due tipi le norme regolatrici. Ecco perchè alla distinzione qual' è posta semplicemente da Ulpiano i Bizantini soggiungono:

Hb. 3. 347 (Bas. 29, 1. 1 = D. [23. 3] 5 *pr.*) *sch.* 1 STEPHANI.

προθεώρησον. διπλῆ τῆς καθόλου προικός ἐστιν ἡ φύσις. πᾶσα γὰρ προῖξ ἢ προφεκτίτζιά ἐστιν ἢ ἀδβεντίτζια.

[Observa. Duplex *omnis dotis natura*; omnis enim dos aut profecticia est aut adventicia].

Il principio per cui gli immobili dotali devono essere restituiti subito allo scioglimento del matrimonio, e i mobili entro l' anno, è una statuizione positiva che corrisponde nel diritto giustinianeo alla distinzione classica tra la restituzione immediata delle cose infungibili e quella delle fungibili in tre termini annali. È quindi necessità intendere nel senso di « struttura giuridica positiva » i testi nei quali i bizantini riferiscono quella norma alla *natura dotis*, giudicando, sulla base di questo criterio, del patto che altera i termini di restituzione o di quello successivo che ripristina i termini legali:

Hb. 1. 603 (Bas. 11. 1. 27 = D [2. 14] 27. § 2) *sch.* 15.

Κἂν γάρ ἐστιν ὁ λέγων ὡς οὐκ ἔξεστι τῇ γυναικί, τὴν αἵρεσιν τῆς οἰκείας προικὸς ποιεῖν χείρονα, καὶ ἐνταῦθα ποιεῖν χείρονα αὐτήν (δοκεῖ γάρ τισι χεῖρον εἶναι τὸ μετ' ἐνιαυτὸν ἀναδοθῆναι τὴν προῖκα τοῦ παραυτίκα), ἀλλ' ἐπειδὴ μᾶλλον τοῦτο ὁ νόμος τίθεται καὶ φύσις ἐστὶ τῆς

necesse habet emptorem dominum facere, sed tantum rem venditam tradere compellitur et evictionis nomine duplam promittere. Haec, ut dixi, Theophilus beatae memoriae]. – Alla regola *ex omni contractu licet nobis certum condicere*, si osserva da Stefano sulla scorta di Teofilo che in alcuni casi essa non è vera: e si distinguono i contratti in *incerti secundum naturam* (κατὰ φύσιν) o *propter ignorantiam*: la *condictio certi*, si dice, non può esperirsi nei primi, lo può nei secondi; esempio della prima classe sono le *stipulationes in faciendo*. Cfr. ancora Hb. 2. 596 sch. ANON.: τὸ δὲ ἴγκερτον ἢ ἐκ τῆς φύσεως τοῦ συναλλάγματος ἀδηλόν ἐστιν, ὡς τῷ εἰρημένῳ Ϋέματι, ἢ ἐξ ἀγνοίας τῶν συναλλασσόντων. [incertum autem vel *ex natura contractus* incertum est, ut dicta specie, vel ex ignorantia contrahentium]. Il senso di «natura» qui però s'accosta a quello genuino, perchè la prestazione dedotta nella *stipulatio in faciendo* è per natura obbiettiva delle cose tale da non poter essere pretesa mediante *condictio*: a ogni modo il testo rimane una prova della simpatia bizantina per questa terminologia.

προικὸς τὸ μετ' ἐνιαυτὸν τὰ κινητὰ στρέφεσθαι, οὐ χείρονα ταύτην ποιεῖ, ἀναιροῦσα τὸ πρῶτον σύμφωνον, ἐν ᾧ συμπέφυκε παραυτίκα ἀναδοθῆναι τὴν προῖκα, καὶ συμφωνοῦσα τοῦτο μετ' ἐνιαυτὸν γενέσθαι.

[Licet enim sit quis dicens quod non licet mulieri condicionem dotis suae facere deteriorem, et tum facere eam deteriorem (nam quibusdam videtur deterius esse post annum dotem reddi quam statim), tamen quia hoc lex sancit, et est *natura dotis* post annum res mobiles reddi, non facit eam deteriorem mulier quae tollit prius pactum quo convenit statim reddi dotem, et paciscitur id post annum fieri]; [1])

Hb. 1. 602 (ibid.) *sch.* 8 CYRILLI, nell'identica ipotesi:

οὔτε γὰρ γίνεται χείρων ἡ τῆς προικὸς αἵρεσις, ὅτε τῇ ἰδίᾳ φύσει ἀποδίδοται,

[neque enim deterior fit dotis condicio, cum *suae naturae* redditur].

e Hb. 1. 565 (Bas. 11. 1. 7 = D. [2. 14] 7 § 3) *sch.* 10 ENANTIOPHANIS.

ὁσάκις γὰρ πρὸς τὴν οἰκείαν φύσιν ἡ προῖξ ἀνατρέχει, χείρων ἡ αἵρεσις αὐτῆς οὐ δοκεῖ γίνεσθαι.

[quotiens enim *ad suam naturam dos redit*, deterior condicio eius non videtur fieri].

È lo stesso principio a cui in una specie analoga, sempre in tema di restituzione, si richiama, parlando dell'azione, STEFANO in

Hb. 3. 479 (Bas. 29. 5. 30 = D. [23. 4] 32 *pr.*) *sch.* τοῦτο. STEPH.

Οἶδας δὲ μαθὼν ἐκ τοῦ κζ'. διγ. τοῦ δὲ πάκτις, ὅτι, ἡνίκα σύμφωνον πρὸς τὴν οἰκείαν ἐπανέρχεται φύσιν ἡ περὶ προικὸς ἐξ στιπουλάτου, οὐ δοκεῖ χείρων ἡ αἵρεσις γίνεσθαι τῆς γυναικός.

[Didicisti autem ex dig. 27 tit. de pactis quod cum per pactum *ad suam naturam* redit (actio) ex stipulatu de dote, non videtur condicio mulieris fieri deterior].

La *donatio mortis causa* si revoca se il donante guarisce o il

[1]) Nel testo classico Paolo dice che in tal caso *dos redit ad ius suum*: ma poi, col solito trapasso all'azione, prosegue interpolato col dire che l'*actio de dote* torna alla *natura* assegnatale dalla legge: cfr. LONGO, *Crit. giust.*, p. 7 estr.

donatario gli premuore: è questa la caratteristica della sua individualità giuridica; per i bizantini la sua « natura ».

Hb. 2. 616 (Bas. 23 1. 19 = D [12. 1] 19 *pr.*) *sch.* 4 STEPHANI.

Τότε δὲ ὑγιάναντος καὶ μεταμεληθέντος τοῦ δωρησαμένου, ἢ προτελευτήσαντος τοῦ τὴν δωρεὰν εἰληφότος, ἀνακαλεῖσθαι δύναται ἡ μόρτις καῦσα δωρεά, ὅταν μηδὲν ἰδικῶς συνεφωνήθη, ἀλλὰ κατὰ φύσιν τῆς μόρτις καῦσα δωρεᾶς.

[tum vero cum convaluit donator et cum poenituit, aut praemortuo eo qui donationem acceperit, revocari potest mortis causa donatio, cum nihil specialiter convenit, sed *secundum naturam mortis causa donationis*].

È degno d' essere ricordato un testo in cui il solito concetto della « natura » è inserito dai bizantini in una costituzione di Giustiniano in cui non è espresso. Chi recede dal contratto dopo aver versato un' arra, deve perderla e, rispettivamente, paga il doppio chi l' ha ricevuta: ecco la costituzione relativa di Giustiniano, in cui è certo che s' introduce una riforma nel regime precedente, sebbene di portata sempre controversa[1]).

C. (4. 21) 17 § 2.. Illud etiam adiicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt, sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda.

Ed ecco come riproduce la costituzione TALELEO:

Hb. 2. 502 (Bas. 22. 1. 76).

... Κελεύει δὲ καὶ τοὺς ἀῤῥαβώνας φύσιν ἔχειν σιωπηρῶς τοιαύτην, ἵνα, εἴτε ὁ δεδωκὼς μὴ πληροῖ τὸ συνάλλαγμα, πᾶσι τρόποις ἐκπίπτῃ τῶν ἀῤῥαβώνων, εἴτε ὁ λαβὼν μὴ πληροῖ, πᾶσι τρόποις διπλάσιον ἀποδίδωσι.

[1]) Cfr. GIRARD, *Manuale* 557.

[iubet autem, arrhas *tacite naturam habere* eiusmodi, ut, sive is, qui dedit, contractum non impleverit, omnibus modis arrhis cadat; sive is qui accepit non impleat, omnimodo duplam reddat]:

la costituzione non parla della « natura tacita » dell' arra, ma Taleleo legge tra riga e riga il solito concetto delle scuole.

Il quale di nuovo si trova in

Hb. 3. 155 (Bas. 28. 1. 1: dal Prochiro tit. 2 § 2: cfr. Harmenop. 4 2. 1: senza corrispondente nel Corpus Iuris):

ὁ ἀῤῥαβὼν φύσιν ἔχει τοιαύτην, ἵνα, εἰ μὲν ὁ λαβὼν τὸν ἀῤῥαβώνα παραιτήσεται, διπλάσιον οὗπερ ἔλαβεν ἀποδῷ.

[*arrha naturam habet talem*, ut si is qui arrham accepit recusaverit (implere contractum) duplum eius quod accepit reddat].

Dalla folla di testi in cui la consueta formola della *natura contractus* è sporadicamente applicata ad altri istituti giuridici in scolii a testi classici che non ne hanno traccia, ricordo solo i più salienti.

Hb. 2. 614 (Bas. 23. 1. 18 = D. [12. 1] 18) *sch.* Nicaei:

...καὶ λοιπὸν εἰς τὸ αὐτὸ συνελθόντων καὶ ἄμφω, μετατίθεται ἡ δεσποτεία διὰ τῆς παραδόσεως. τοῦτο γάρ ἐστι φύσις τῆς παραδόσεως.

[et denique cum in idem ambo consentiunt, transfertur dominium per traditionem: *hoc enim est natura traditionis*]:

la natura della *traditio* è per il commentatore di poter servire a trasmettere il dominio: è l' efficacia giuridica generale riconosciutale nel regime giustinianeo.

Teofilo nella Parafrasi introduce la solita formola, in tema di *querela inofficiosi*, in un punto in cui manca nelle Istituzioni:

I. (2. 18) § 3... sin vero quantacumque pars hereditatis vel res ei fuerit relicta, de inofficiosi querela quiescente id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repleatur, licet non fuerit adiectum boni viri arbitratu debere eam repleri.

E, quasi colle stesse parole, una costituzione di Giustiniano dell' anno 531, ricordando una precedente del 528:

C. (3. 28) 36 *pr.* Scimus ante constitutionem fecisse (l. 30 *h. t.*), qua cautum est, si pater minorem debita portionem filio suo reliquisset, omnimodo, etsi non adiiciatur boni viri arbitratu repleri filio, attamen *ipso iure* inesse eandem repletionem.

È una conseguenza implicita, che deriva dalla legge senza bisogno di espressa convenzione. TEOFILO (p. 198, l. 23) rende l'« ipso iure » della costituzione con « ὡς φύσει παρεπόμενον ».

[id enim quamvis non sit adiectum ipsa constitutio perinde accipit *ac si sua natura consequatur*].

Lo stesso TEOFILO parla di una *natura ususfructus* nella *Paraph.* 2. 4. 2 (p. 125):

Ἐὰν γὰρ τελευτῶν τις ἐνστήσεταί με κληρόνομον, ληγατεύσῃ δέ σοι ᾱ νομισματῶν ἢ ᾱ ξέστω οἴνου ἢ ἐλαίου ἢ χιλίων μοδίων σίτου usufructon, λαμβάνων σὺ ὁ ληγατάριος τὰ νομίσματα..., γίνῃ τούτων δεσπότης παρὰ τὴν φύσιν τοῦ usufructu. ὁ γὰρ usufructos κατὰ ἀλλοτρίας δεσποτείας ἐστίν.

[Si igitur quis moriens me heredem instituerit, legaverit autem tibi aureorum M vel M sextariorum vini vel olei, vel M modiorum frumenti usumfructum, cum tu legatarius acceperis aureos... eorum fies dominus *contra ususfructus naturam*, ususfructus enim in re aliena consistit].

L'inciso non ha corrispondente nelle Istituzioni.

Una serie di scolii va riferita a rapporti di diritto criminale.

Hb 5. 664 (Bas. 60. 30. 1 = D. [47. 20] 1) *sch.* 1 tardo:

Ζήτει βιβ. ιδ'. κεφ. κθ'. θεμ. δ'. καὶ τὴν ἐκεῖ παραγραφὴν τοῦ Στεφάνου διδάσκουσαν πλατέως πάνυ τὴν φύσιν τοῦ στελλιονάτους, καὶ πότε ἐγκληματικῶς μόνον κινεῖται, πότε δὲ καὶ χρηματικῶς καὶ ἐγκληματικῶς, καὶ πότε ἀτιμοῖ, καὶ πότε οὐκ ἀτιμοῖ.

[Quaere lib. 14 c. 29 th. 4 et ibi adnotationem Stephani, quae plane omnino docet *naturam stellionatus*, et quando criminaliter tantum intendatur et quando civiliter et criminaliter, et quando infamet et quando non infamet]:

la determinazione degli elementi per cui quella vaga figura cri-

minale, che è lo stellionato dà luogo a un' azione ora solo criminale, ora anche civile, è prettamente positiva [1]).

Alla conseguenza dell' infamia si riferisce

Hb. 5. 243 (Bas. 60. 1. 16 = D. [48. 16] 7 *pr.*) *sch.* 3 tardo:

οὐ μὴν τὴν κατὰ φύσιν παρεπομένην ἀτιμίαν τοῖς δημοσίοις ἐγκλήμασιν ἀποσβεννύει.

[non autem infamiam, *quae secundum naturam publica crimina sequitur*, extinguit]:

la remissione concessa dal Principe non toglie l' infamia: si noti che la costruzione dell' infamia come istituto giuridico è sostanzialmente giustinianea: solo così si può dire essere la «natura» positiva delle singole azioni [2]) - anzi, meglio, dei singoli istituti - che porta seco quella conseguenza.

La particolarità processuale della litiscrescenza che si verifica in talune azioni in base all' *infitiatio* è espressamente dichiarata essere indipendente dalla *natura delicti*:

Hb. 5. 324 (Bas. 60. 3. 61 = C. [3 35] 4) *sch.* 4.

Ποινὴ γὰρ ἐξ ὅρκου οὐκ ἀπαιτεῖται μὴ κατὰ φύσιν προσοῦσα τῷ ἁμαρτήματι, ἀλλ' ἐξ ἀρνήσεως.

[Poena enim ex iure iurando non petitur, *quae secundum natura delicto non inhaeret*, sed ex infitiatione] [3]).

Di una *natura damnationis* parla TALELEO in

Hb. 5. 875 (Bas. 60. 51. 60 = C. [9. 47] 23) κατὰ πόδας:

πάντας οὕστινας ἡ τῆς καταδίκης φύσις διαφόροις ἐξορίαις ἀφορισθέντας...

[omnes quos *damnationis natura* diversis exiliis destinatos...];

[1]) Per la *natura* dell'*a. stellionatus*, con riferimento alle identiche distinzioni, cfr. Hb. 2. 117 sch. 16 STEPH. in LONGO, *Fonti biz.*, p. 8 e 21.

[2]) Cfr. Hb. 2. 255 sch. 3 STEPH.: le azioni si considerano famose o no per natura.

[3]) Analogamente per la *n. actionis* Hb. 2. 554 sch. 2 e 2. 555 sch. 3: per la l. 20 § 4 D. 5. 3 v. LONGO, *Crit. giust.* p. 20. Sul giuramento, cfr. CHRYSOST. (*Homil. ad pop. Antioch. de statuis*) 15 rifer. in Bas. 22. 5. 1 [Hb. 2. 527 sch. 1]): οὐχ οὕτως κεντεῖ ξίφος, ὡς ὅρκου φύσις· οὐχ οὕτως ἀναιρεῖ μάχαιρα ὡς ὅρκου πληγή [non ita pungit ensis sicut *iuramenti natura*; non ita lacerat gladius sicut iuramenti plaga].

mentre la costituzione originale, di Onorio e Teodosio II, C. Th. (9. 40) 22 = C. (9. 47) 23 parla di una « damnationis condicio », ossia la diversità della condanna nel genere e nel grado delle pene da essa applicate.

Per la « natura probationum » vedasi TALELEO in Hb. 2. 567 (Bas. 22. 5. 45 = C [4. 1] 3):

Σημείωσαι δὲ ἐκ τῆς διατάξεως, ὅτι οὐκ ἔξεστι τῷ δικαστῇ ὀκνηρῷ τυχὸν ὄντι, κατὰ φύσιν τῶν ἄλλων ἀποδείξεων ἐπιφερομένῳ ἐπιδραμεῖν τῷ ὅρκῳ, ἀλλὰ μετὰ τὴν τοῦ πράγματος βάσανον.

[nota autem ex constitutione quod non licet iudici, negligenti fortasse, *secundum naturam aliarum probationum* delato occurrere iuriiurando, sed post rei perscrutationem]:

è il regime giuridico proprio dei singoli mezzi probatorii nel sistema processuale.

Ancora un esempio atto a dimostrare come talvolta anche dove a prima vista il significato di « natura » nei testi bizantini può parere quello genuino, o per lo meno incolore, lo scrittore lo lumeggia ispirandosi al solito concetto dogmatico delle scuole:

Hb. 1. 254 (Bas. 7. 2. 21 = D. [4. 8] 21 *pr.*) sch. ἐαν περὶ πολλῶν.

Τῶν κεφαλαίων τὰ μὲν κατὰ φύσιν κοινωνοῦσιν ἀλλήλοις· τὰ δὲ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον διαφέρουσιν ἀλλήλων, σπανίως δὲ κοινωνοῦσι. τὰ δὲ μηδ' ὅλως ἐπικοινωνοῦνται ἀλλήλοις, ἀλλὰ πάντως διεστηκότα ἀλλήλων διά τινος ἑνοῦνται συμβάντος·

[Controversiarum quaedam *secundum naturam* communes sunt invicem: quaedam vero ut plurimum inter se distant, perraro communes sunt: quaedam vero non omnino communes sunt, sed prorsus disiuncta inter se, ex quodam accidenti coniunguntur].

La connessione a cui qui si allude genericamente potrebbe anche essere puramente obbiettiva, ma il seguito dello scolio dimostra che si ha di mira una analogia di struttura giuridica: segue infatti:

· καὶ κατὰ φύσιν μὲν κοινωνοῦσιν, ὡς ὅταν ἀγρὸν μισθωτικῶς ἐκλαβόμενός τις ἀπ' ἐμοῦ δένδρον διαφθείρῃ, ἐνάγεταί μοι τῇ περὶ δένδρου τομῇ καὶ τῇ περὶ μισθώσεως καὶ τῷ ἀκουιλίῳ· αἵτινες ἐπικοινωνοῦσι πάντως

ἀλλήλων, ὡς βιβ. κβ'. τιτ. ε'. κεφ. κθ'. θέματι ε'. τούτων γὰρ κοινωνοῦσι, ὅτι κινουμένης τῆς μιᾶς ἡ ἑτέρα ἀναιρεῖται, ἐπὶ μόνῳ τῷ περιττῷ σοζομένη.

[et *secundum naturam* quidem communes sunt, ut si quis cum praedium a me conduxerit, arborem corruperit, tenetur mihi de arboribus succisis et lege Aquilia: quae (actiones) omnino communes sunt invicem, ut lib. 22 tit. 15 c. 29 thema 5. In hoc enim communes sunt quod altera mota altera consumitur, salva tantum in eo quod plus est]:

l'analogia a cui s'allude - « quod altera mota altera consumitur » - è una particolarità del regime processuale positivo.

Riferito a « obligatio », la parola « natura », « naturalis », ha per lo più anche nei Basilici il significato che ha nelle fonti romane [1]: si noti però:

Hb. 3. 288 (Bas. 28. 8. 61 = D [24. 3] 64 § 9) *sch.* 3 ANONYMI:

Εἴρηται γὰρ βιβ. μδ'. τιτ. ζ'. διγ. κζ'. ὅτι ἐὰν μὴ κατ' οἰκείαν φύσιν συνιστάμεναί εἰσιν ἐνοχαί, οὔτε διὰ δικαστοῦ οὔτε διὰ τοῦ πραίτωρος, οὔτε διὰ τοῦ νόμου βοηθοῦνται.

[Dictum est enim lib 44, tit. 7, dig. 27. Obligationes *quae non secundum propriam naturam consistunt*, nec per iudicem, nec per praetorem, nec lege adiuvari].

Per commentare l'inciso:

in quibus igitur casibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda,

[1]) Cfr. p. es. Hb. 1. 611 sch. 2; 2. 91 sch. 1; 2. 584 sch. 1; 5. 419 sch. 4. - E ancora Hb. 1. 70: φυσικῶς χρεωστεῖ [naturaliter debet]; 1. 777 sch. 20 CYRILL.: ...τὰς... ἔχουσας φυσικὴν δόσιν ἀγωγάς... [actiones... naturalem dationem habentes]; 1. 553 sch. 1 STEPH.: τί γὰρ οὕτω δίκαιον καὶ αὐτῇ πρέπον τῇ φύσει, ὡς τὸ φυλάττειν τὰ πάκτα; [quid enim tam aequum et naturae conveniens, quam pacta custodire?]. *Natura* in senso prettamente oggettivo non è, ben inteso, raro: talora anche introdotto dai bizantini (cfr. Hb. 1. 739 sch. 5 διὰ τὴν τοῦ ζηρίου φύσιν: manca nel corrispondente D. [17. 2] 29 § 2. ma cfr. D. [9. 2] 2 § 2): per lo più come semplice traduzione dell'espressione usata dal giureconsulto classico che si commenta: del che è superfluo addurre esempi: basta confrontare i numerosi testi classici in proposito col testo dei Basilici corrispondente e gli scolii.

l'Anonimo fa richiamo a Papiniano (D. [44. 7] 27) che scrive:

> Obligationes *quae non propriis viribus consistunt,* neque officio iudicis neque praetoris imperio neque legis potestate confirmantur:

che il testo dei Basilici - mancano scolii - rende appunto:
Hb. 5. 107 (Bas. 52. 1. 26):

> Αἱ μὴ κατ' οἰκείαν φύσιν συνιστάμεναι ἐνοχαὶ οὔτε διὰ δικαστοῦ, οὔτε διὰ πραίτωρος οὔτε διὰ νόμου βοηθοῦνται:

l'« obligatio quae non propriis viribus consistit » è quella a cui manca un elemento che è positivamente considerato come essenziale alla sua esistenza giuridica: per l'Anonimo, un elemento della sua « natura ».

Senza insistere - che sarebbe superfluo - su altre fonti bizantine seriori, mi limito a ricordare che la *Synopsis* di Psellus, come riconduce alla φύσις τῶν ἀγωγῶν lo schema delle azioni (v. 57) [1]), così frequentemente parla della « natura » sostanziale di singoli istituti o disposizioni. Così

v. 787 a proposito del contenuto della lex Falcidia:

> ὁ νόμος δ' ὁ Φαλκίδιος τοιαύτην ἔχει φύσιν
> [lex autem Falcidia talem habet naturam];

v. 827: οἱ νόμοι τῶν πραιτώρων μονόχρονοι τὴν φύσιν
[leges praetorum annuae natura];

v. 1104: ἐλευθερία τῇ δόσει ταὐτὸν φύσει
[liberatio idem est natura cum solutione];

il carattere positivo di questa « natura » è poi ribadito all' evidenza dove, ponendo a suo modo la distinzione tra ius naturale e ius gentium, riferisce a quest' ultimo le norme relative alla *natura contractuum*:

[1]) Cfr. Longo, *N. a. nelle fonti bizantine*, p. 23 estr.: v. per questo anche v. 1075 sg.:

> ἄλλη μέν ἐστι τῆς ἀγωγῆς ἡ φύσις,
> ἄλλη δέ ἐστι τῆς παραγραφῆς πάλιν.

[alia est actionis natura, alia est rursus (natura) exceptionis].

v. 78 sg. Τὸ μὲν γὰρ περὶ φυσικῶν πραγμάτων δογματίζον,
συλλήψεως, γεννήσεως, σχέσεως, συναφείας,
αὐτοῦ ψιλοῦ τοῦ πράγματος, τούτούδε καὶ τοιοῦδε,
νόμιμον γενικῶς ἐστι, φυσικὸν δ' ἐπὶ μέρους.
Τὸ βλέπον δ' εἰς συμβόλαια φύσις συναλλαγμάτων,
πάντων εἰπεῖν τῶν καθ' ἡμὰς κοινῶν πολιτευομάτων,
νόμιμον ἐθνικόν ἐστι, οὐχὶ τὸ βαρβαρώδες,
τὸ γὰρ τοῦ ἔθνους ὄνομα, νομικῶς εἰρημένον,
γενῶν συλληπτικόν ἐστι νόμοις ὑποκειμένων.

[Quod de rebus naturalibus statuit, conceptione, nativitate, appetitu, coitu, hoc vel illo nudo negotio, ius in genere est, in specie naturale: quod vero spectat ad conventiones, *naturas contractuum*, omnium scilicet quae ad communem nostram societatem spectant, est ius gentium; non tamen barbaricum: nomen enim « gentis » dictum secundum ius, comprehendit (solum) gentes legibus subditas]:

l'antitesi tra i due significati di « natura » non potrebbe essere più chiara.

4. Gli esempi addotti sia dalle Costituzioni giustinianee che dagli scolii dei Basilici dimostrano l'esistenza di una formola dogmatica della *natura contractus* o - in genere - *natura* del rapporto giuridico, radicata e largamente applicata nelle scuole bizantine e parallela a quella della *natura actionis*.

Rimangono ora a trarre le conseguenze che più direttamente interessano dal punto di vista romanistico. Conseguenze esegetiche e dogmatiche: da un lato si tratta di esaminare i testi classici inseriti nelle Pandette in cui si parla di una *natura* di singoli istituti, e vedere caso per caso se *natura* abbia in essi quel valore tecnico che ha per i bizantini e - in quest' ultima ipotesi - ricercare gli indizi d'una possibile interpolazione; dall'altro esaminare la portata di quella formola, o - per meglio dire - la portata delle tendenze che quella formola rappresenta, sullo svolgimento del sistema contrattuale classico nell'età bizantina.

Nelle fonti giuridiche romane - come, del resto, anche nelle letterarie - le parole *natura*, *naturalis*, *naturaliter*, esprimono sempre,

in varie sfumature, il concetto fondamentale che risponde al valore etimologico della parola: cioè quello che si ritiene esistere od accadere indipendentemente dall'opera dell'uomo. Così, nell'accezione materiale più semplice, *naturalis* è una formazione naturale, spontanea, in antitesi al manufatto [1]) e *natura* è la struttura, la configurazione fisica di un oggetto [2]), o l'indole e i costumi d'un animale [3]), o il carattere dell'uomo in genere o in ispecie di un determinato individuo [4]), considerato come congenito in antitesi alle facoltà acquisite.

Da un punto di vista più ampio, *natura* (*rerum natura*) è la legge suprema regolatrice dell'universo, in quanto essa è indipendente dall'arbitrio degli uomini: in questo senso si parla di un'impossibilità *naturalis*, per noi - secondo i casi - impossibilità fisica o logica [5]).

[1]) D. (39. 3) 2 § 5 PAUL. naturalis agger; (41. 1) 7 § 5 GAI. n. alveus; (8. 2) 7 POMP. n. motus; (43. 13) 1 § 8 ULP. n. cursus; (43. 12) 1 § 5 ULP. n. rigor cursus; 39. 3) 1 § 10 e 15 ULP. naturaliter decurrere, in antitesi a «opere facto»; (8. 2) 28 PAUL. naturalis causa stillicidii; (39. 1) 5 § 9 ULP. n. causa nella operis novi nunciatio. Mi limito qui, come nelle note successive, ad alcuni esempi più caratteristici tratti dal Digesto, dove le espressioni «natura» «naturalis» ricorrono con grande frequenza. Assai più raro è «natura» nel Codice: lo spoglio delle Costituzioni antegiustinianee mi dà quaranta casi, tutti nei vari significati normali, tranne la «n. actionis» interpolata nella cost. 11 c. 4. 24: ben più frequenti (110 volte) sono quelle parole nelle Istituzioni: prova della preferenza giustinianea, sebbene - naturalmente - tranne i casi sopra ricordati, la grande maggioranza rispecchi il valore normale: molti anzi sono desunti direttamente da GAIO. Che la spiccata simpatia dei bizantini per questa espressione molte volte non esca dal significato normale classico, è un fatto di cui è superfluo dare la dimostrazione: si veda, p. es., l'insistenza con cui TEOFILO (2. 1 § 11 sg.) si ferma sulla distinzione dei modi naturali e civili d'acquisto della proprietà. .

[2]) D. (43. 20) 6 NERAT. natura aquae cfr. (39. 3) 1 § 10 ULP.; (41. 1) 30 § 2 POMP. n. fluminis; (39. 3) 2 pr. PAUL.; (43. 20) 1 § 3 ULP. n. loci; (39. 3) 2 § 6 PAUL. n. agri; (18. 1) 35 § 2 GAI. n. nocendi, propria di talune cose. Cfr. anche (6. 1) 3 § 2 ULP.; (32) 78 § 4 PAUL ; GAI. 3. 193.

[3]) D. (9. 2) 2 § 2 GAI.; (41. 1) 5 § 5-6 GAI.; (9. 1) 1 § 7 e 10 ULP.

[4]) D. (16. 3) 32 CELS. n. hominum cfr. (12. 1) 38 SCAEV.; (5-1) 12 § 2 PAUL.; (24. 1) 33 § 1 ULP. n. sexus; (49. 16) 4 pr. MENAND. habitus naturae = conformazione fisica; (46 3) 31 ULP. natura et ingenium; (18. 7) 5 PAPIN. naturalis intellectus; (1. 5) 4 FLORENT. n. facultas; (5. 2) 15 pr. PAPIN. n. caritas.

[5]) Così, in svariatissimi atteggiamenti, D. (1. 1) 3 FLORENT.; (1. 5) 15 TRYPH.; (1. 5) 26 IULIAN.; (5. 1) 28 § 5 PAUL.; (5. 3) 21 GAI.; (7. 7) 1 PAUL.; (12. 6) 32 pr. IULIAN ; (13. 5) 16 § 3 ULP.; (15. 2) 3 POMP.; (16. 3) 14 § 2 GAI.; (18. 4) 1 POMP.; (19. 1) 55 POMP. (ex emend. MO.); (25. 2) 17 § 2 ULP.; (26. 7) 61 POMP.; (30) 16 e 24 pr. POMP.; (30) 69

Nel campo del diritto l'antitesi si pone il più delle volte tra le norme fondamentali comuni, che sembrano rispecchiare esigenze costanti ed immutabili, e quelle in cui si rivela più chiaro l'arbitrio della legislazione positiva. Ad essa si riferiscono le espressioni, frequentissime nelle fonti, di *naturalis ratio*, *n.is lex*, *n is aequitas*, *jus naturale*; [1]) l'antitesi tra *natura* e *lex* [2]), e particolarmente fra *naturalis* e *civilis* [3]). A quest' ultima si richiamano in modo particolare le espressioni: *naturalis pater*, *filius* ecc. per indicare il vincolo naturale della generazione in antitesi a rapporti meramente civili [4]); il concetto di *obligatio naturalis* e le espressioni correlative *naturaliter teneri*, *debere* ecc., in antitesi alle obbligazioni civilmente perfette [5]); quello di *possessio naturalis*, e rispettivamente *natura-*

§ 5 Gai.; (30) 108 § 10 Afric.; (32) 37 § 3 Scaev.; (33. 2) 6 Pomp.: (36. 1) 80 (78) § 10 Scaev.; (36. 2) 22 pr. Pomp.; (38. 16) 7 Cels.; (40. 5) 54 Maecian.; (40. 7) 20 § 5 Paul.; (41. 2) 3 § 5 Paul.; (42. 5) 12 § 2 Paul.; (44. 2) 3 Paul.; (45. 1) 83 § 5 Paul.; (45. 1) 137 § 4 e 6 Venul.; (50. 16) 220 Callistr.; (50. 17) 135 Ulp.; (50. 17) 188 § 1 Cels. Cfr. (50. 16) 38 Ulp.: l'ostentum è un fatto contra naturam; (21. 1) 1 § 6 Ulp.: la malattia è un habitus corporis contra naturam; (28. 2) 28 § 1 Tryph.: ordo naturalis; Gai. 4. 134 naturalis significatio; nello stesso senso Maecian. *Assis. distrib.* 26: cum rei natura infinitam partiendi praestet facultatem: cfr. 81 naturalis causa; (50. 17) 7 Pomp.: vi è *naturaliter* un'incompatibilità tra la successione testamentaria e quella ab intestato. Si confronti anche l' uso più frequente negli scrittori filosofici: per Cicerone cfr. Merguet, *Lex. Cic.* [*Philosophische Schriften* 2. 633 sg.].

[1]) Gai. 1. 1; 1. 89; 1. 158; 1. 189; 2. 65; 2. 66; 2. 69; 2. 73; 2. 79; 3. 154; D. (1. 1) 9 Gai; (2. 14) 1 Ulp.; (4. 4) 1 pr. Ulp.; (4. 5) 8 Gai.; (7. 5) 2 § 1 Gai.; (8. 2) 8 Gai.; (9. 2) 4 pr. Gai; (12. 6) 14 Pomp.; (13. 5) 1 pr. Ulp.; (13. 6) 18 § 2 Gai.; (19. 2) 1 Paul.; (30) 69 § 5 Gai.; (37. 4) 8 § 7 Ulp.; (37. 5) 1 pr. Ulp.; (38. 8) 2 Gai; (41. 1) pr; 3 § 1; 7 § 7; 9 § 3 Gai; (43. 18) 2 Gai.; (43. 26) 2 § 2 Ulp.; (44. 7) 1 § 9 Gai; (47. 2) 1 Paul.; (47. 4) 1 § 1 Ulp.; (49. 15) 19 pr. Paul.; (50. 17) 10 Paul.; (50. 17) 66 Iulian.; (50. 17) 206 Pomp. ecc.

[2]) D. (5. 1) 12 § 2 Paul.: tra *ius* e *natura* (11. 1) 13 pr. e 14 § 1 Iavol.; (50. 16) 195 § 2 Ulp.

[3]) D (45. 1) 83 § 5 Paul.; (46. 3) 107 Pomp.; (50. 16) 42 Ulp.; (50. 16) 49 Ulp.; Gai. 3. 194.

[4]) *Coll.* 4. 12. 1; 16. 2. 1; 16. 3. 4; Ulp. *Reg.* 7. 9; 28. 3; D. (1, 7) 16 Iavol.; (1. 7) 17 § 1 Ulp.; (4. 5) 7 pr. Paul.; (23. 2) 14 § 4 Paul.; (28. 2) 23 Papin. cfr. (37. 4) 8 § 7 Ulp.; (35. 2) 63 Paul.; (38. 2) 42 pr. Papin ; (38. 6) 7 § 1 Papin.; (38. 10) 5 Paul.; (40. 1) 19 Papin.; (40. 5) 40 pr. Paul. ecc.

[5]) D. (5. 3) 31 § 1 Ulp.; (12. 2) 42 pr. Pomp.; (12. 6) 13 Paul.; 19 pr. Pomp.; 38 pr. § 1-2 Afric.; 59 Papin.; (13. 5) 1 § 6 Ulp.; (14. 6) 10 Paul.; 18 Venul.; (20. 1) 14 § 1 Ulp.; (35. 1) 40 § 3 Iavol.; (35. 2) 1 § 17 Paul.; 56 § 3 Marcell.; (36. 1) 66 pr. Maecian.; 49 Pomp.; 61 Paul.; (41. 7) 14 Ulp.; (45. 1) 126 § 2 Paul.; (46. 1) 16 § 3-4 Iul.; 21 § 2-3 Afric.; (46. 8) 8 § 1 Venul.; (50. 17) 84 Paul.; Gai. 3. 119 a.

liter acquirere, *retinere* ecc. *possessionem* [1]), nella famosa antitesi alla *possessio* qualificata da requisiti civili.

Questa sommaria esposizione dei vari atteggiamenti che assume nelle fonti classiche la parola *natura* e i suoi derivati mi è parsa opportuna prima di procedere all'esame dei testi che possono offrire un interesse diretto: quelli cioè in cui *natura* o *naturaliter* si trovano riferiti ad istituti giuridici o a singoli loro elementi. Qui l'indagine, anche dal lato puramente formale, si presenta particolarmente spinosa: non già che tra il significato genuino classico e la formola bizantina non vi sia una differenza netta e profonda, ma la evidenza della distinzione concettuale non sempre si trova nettamente rispecchiata nelle singole applicazioni concrete, e di fronte a più d'un testo si può rimanere perplessi. Infatti *natura*, *naturaliter*, ecc. possono bene indicare, anche per i classici, la struttura di un istituto, non in quanto la si consideri come creazione del diritto positivo, bensì in quanto essa risulta così configurata obbiettivamente, per necessità materiale o logica. Qui, secondo l'antitesi tra ciò che è imposizione arbitraria della legge e ciò che è conseguenza spontanea e naturale, *natura* è la costituzione del rapporto quale risulta ineluttabilmente dal complesso degli elementi, non già come per i bizantini, il complesso delle regole che il legislatore gli ha imposto, e il cui carattere davvero non naturale appare anche più patente quando se ne riconosce la libera alterabilità ad arbitrio delle parti [2]).

[1]) *Fr. Vat.* 258 = (10. 2) 35 Papin.; (10. 4) 3 § 15 Ulp.; (22. 1) 38 § 10 Paul.; (41. 2) 3 § 3 e 13 Paul.; 12 pr. Ulp.; 1 § 1 Paul.; (41. 5) 2 § 1–2 Iul.; (43. 16) 1 § 9 Ulp.

[2]) Anche quando richiamano alla naturalis ratio il regime introdotto ex novo dal legislatore per un dato rapporto (cfr. per l'acquisto del tesoro § 39 I. 2. 1) il punto di vista dei classici è sostanzialmente diverso: per essi la n. ratio é l'elemento che ha mosso l'opera legislativa, non la formola che designa il contenuto di questa. Non è raro il caso che i giuristi classici vogliano designare il regime giuridico positivo proprio d'un istituto: ma – a parte il fatto che ad essi sono del tutto estranee le discussioni che abbiamo viste così frequenti nei bizantini in questo campo – si servono a ciò di espressioni varie, non mai di «natura». Il larghissimo significato di «causa» torna anche in questo caso: così l'espressione assai frequente *alia causa est* per dire «altro tipo, altro regime giuridico da applicarsi» (Gai 3. 103 a.; 131; 4. 64; 105; 108: cfr. 2. 289 quamvis... longe latior sit *causa fideicommissorum* = «il trattamento giuridico», quello stesso che le Istituzioni giustinianee chiamano *natura*). Ma *causa* è appunto il rapporto giuridico considerato nella sua obbiettività (causa emptionis, locationis, mandati ecc.). Cfr. Ulp. (39. 5) 19 § 1; (43. 19) 3 § 10; Paul. (19. 2) 45; Pomp. (50. 16) 121.

Ciò premesso, è facile mostrare come nella grande maggioranza dei testi classici *natura, naturaliter* riferite a singoli istituti giuridici non hanno nulla a vedere colla formola bizantina in questione. Così, anzitutto, una serie di frammenti in tema di servitù.

Un frammento di Pomponio estraneo alla compilazione – edito nel XVI secolo di su un manoscritto ora perduto [1]) – dice:

> et servitutes dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, *naturam eius* corrumpat.

È manifesto che si tratta di una indivisibilità naturale: è il concetto medesimo svolto da Paolo (*l. 12° ad Sabinum*) ancora in tema di servitù:

> D. (45. 1) 2 § 1: Et harum omnium [stipulationum] quaedam partium praestationem recipiunt. veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his quae *natura* divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem *natura* recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, ecc.:

la servitù di passaggio è indivisibile per sua natura perchè è materialmente impossibile un passare a metà.

> Ancora: D. (33. 2) 13 PAULUS *l. 13° ad Plautium*. Cum ususfructus alternis annis legatur, non unum sed plura legata sunt. Aliud est in servitute aquae et viae: viae enim servitus una est, quia *natura sui* habet intermissionem:

non è certo la legislazione positiva che ha assegnato alla servitus viae questa particolarità di essere discontinua, in quanto ce ne serviamo soltanto ad intervalli: ciò è nella natura delle cose.

> D. (8. 1) 15 § 1 POMPONIUS *l. 33 ad Sabinum. Servitutium non ea natura est,* ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat sed ut aliquid patiatur aut non faciat:

questo principio, altrimenti formulato dalla nota massima « servitus in faciendo consistere nequit », è insito nel concetto romano della ser-

[1]) LENEL. *Paling.* POMPON. n. 372; cfr. GIRARD, *Textes*, p. 201.

vitù e constantemente applicato, tranne il caso famoso della servitus oneris ferendi: non si tratta tanto di un regime giuridico positivamente stabilito, quanto del contenuto obbiettivo che la servitù può avere.

Ancora ad una caratteristica inerente per necessità di cose alla servitù - quella di non potersi considerare isolatamente, separata dal fondo a cui si riferisce - allude GIULIANO (*l. 7 digestorum* D. (8. 2) 32 § 1 in fine) col dire:

> *natura*... *servitutium* ea est ut possideri non possint, sed intellegatur possessionem earum habere qui aedes possidet.

In tema di compravendita due testi sostanzialmente corrispondenti rilevano quegli inganni che le necessità commerciali esigono siano leciti ad un contraente a danno dell'altro.

> D. (19. 2) 22 § 3 PAULUS *l. 34 ad edictum.* Quemadmodum in emendo et vendendo *naturaliter concessum est* quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.
>
> D. (4. 4) 16 § 4 ULPIANUS *l. 11 ad edictum.* Idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis *naturaliter licere* contrahentibus se circumvenire.

Questa latitudine concessa alle parti contraenti, a tutto vantaggio di chi è più accorto a far valere il suo interesse, è un'esigenza delle libere contrattazioni: il diritto la tollera perchè il suo intervento col mezzo straordinario della rescissione sarebbe un rimedio peggiore del male: ma ognuno vede che sarebbe un assurdo dichiarare elemento proprio della *natura emptionis* ossia della struttura positiva che la legge assegna al contratto di compravendita, la facoltà di imbrogliarsi a vicenda [1]).

[1]) Non mi pare però da escludere che i bizantini potessero trovare qui dentro come uno spunto della loro formola prediletta. Uno scoliaste incerto alla l. 31 D. 2. 14 (Hb. 1. 619 sch. 1) in cui Ulpiano ammette la possibilità di patti contro l'editto edilizio, osserva: δόγμα ἐστίν, ἐν ταῖς ἀγορασίαις δύνασθαι περιγράφεσθαι ἀλλήλους ἄχρι τοῦ ἡμίσεως· ἐὰν δὲ ἐν τῷ καιρῷ τῆς ἀγορασίας ἢ μετὰ ταῦτα συμφωνήσωμεν, μὴ δὲ ὅλως περιγράφεσθαι ἀλλήλους ἢ καὶ ὑπὲρ τὸ ἥμισυ, ἔρρωται. [Regula est, in emptionibus licere se circumscribere invicem usque ad dimidium:

Anche in altri casi appare evidente il significato meramente obbiettivo, materiale della *natura*. Li enumero brevemente.

D. (46. 5) 1 § 4 ULPIANUS *l. 70 ad edictum*. Dopo aver fatto la triplice distinzione delle stipulazioni pretorie *(judiciales-cautionales-communes)* osserva:

> Et sciendum est omnes stipulationes *natura sui* cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

Egli vuole precisamente distinguere le varie funzioni a cui il diritto positivo - e qui in particolare il diritto pretorio - destina la *stipulatio* secondo i casi, da quella che è la sua funzione fondamentale e congenita.

D. (44. 7) 44 § 1 PAULUS *l. 74 ad edictum*. Tratta delle obbligazioni a termine:

> Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit stipulatio aut confertur in diem. Ex die veluti « Kalendis martiis dari spondes? », *cuius natura haec est*, ut ante diem non exigatur. Ad diem autem... ecc.

È, diremmo noi, la portata, il significato, la conseguenza implicita e logica dell'*obligatio ex die* di non diventare esigibile che alla scadenza: la legge positiva potrà, nei casi singoli ammettere o non ammettere la costituzione di rapporti giuridici di questo genere, ma non può senza un controsenso dar loro un valore diverso.

> D. (45. 1) 139 VENULEIUS *l. 6 stipulationum*. Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt, omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, *cuius indivisa natura est*.

si vero tempore emptionis vel postea pacti simus ne omnino nos circumscribamus, vel etiam ultra dimidium, valet]. Se, com'è verosimile, lo scoliaste pensava alla regola enunciata nei due testi riferiti (e riportati nei Basilici, senza scolii: Hb. 1. 509; 2. 349) parrebbe che intenda il *naturaliter licere* come un elemento della struttura del contratto, che vale ope legis fino a patto contrario. Usi a lavorare sulla formola dogmatica della *natura contractus*, forse la trovano anche dove non c'è.

A parte i forti dubbi che possono sorgere sulla genuinità del frammento, non è manifestamente una norma positiva che abbia assegnato alla vendita una *natura indivisa*: è piuttosto una necessità che il contratto non si può scindere, e quindi - nella specie - un contraddittorio di questo genere non è legittimamente istituito se non di fronte a tutti gli eredi del venditore, perchè il diritto positivo deve conformarsi alla logica delle cose.

Che la *natura negotii* in D. (22 5) 21 § 3 sia una natura obbiettiva, di fatto, non esige dimostrazione: lo stesso dicasi per la *natura cavillationis* in D. (50. 16) 177 = (50. 17) 65

D. (7. 1) 69 Pomponius *l. 5° ad Sabinum.* Si parla dell'usufruttuario di un gregge che sostituisce i capi di bestiame morti coi nuovi nati.

> Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque *ex natura fructus* desinunt eius esse: nam alioquin quod nascitur fructuarii est, et cum substituit, desinit eius esse.

La decisione di Pomponio va intesa in relazione coll'opinione di Sabino e Cassio riferita da Ulpiano nel frammento che precede (68 § 1) che i fetus pecorum spettano all'usufruttuario, il quale è però tenuto a supplire con essi i capi venuti a mancare: la proprietà dei capi sostituiti passa dall'usufruttuario al dominus (cfr. la l. 70 h. t.) e viceversa quella dei capi eliminati passa all'usufruttuario, in quanto colla sostituzione egli ha reintegrato il gregge nella sua unità: i capi scartati non sono più parte del gregge. Pomponio non richiama qui un principio di diritto positivo ma giustifica la sua affermazione sulla base della funzione economica dell'istituto, che non è creazione della legge bensì il substrato obbiettivo delle norme legislative.

> D. (33. 8) 6 § 1 Ulpianus *l. 25 ad Sabinum.* Et si fuerit legatum peculium non deducto aere alieno, verendum, ne inutile legatum sit, quia quod adicitur *contra naturam legati* sit. Sed puto verum hanc adiectionem non vitiare legatum, sec nihil ei adicere: nec enim potest crescere vindicatio peculii per hanc adiectionem.

Ulpiano si propone il caso che il dominus abbia legato al servo il peculio coll'aggiunta che non se ne deduca l'*aes alienum.* Ora è

noto che i cosidetti debiti del servo verso il padrone diminuiscono *ipso iure* il peculio: essi hanno una esistenza propria solo in quanto il peculio rappresenta un'unità patrimoniale autonoma, ma nella realtà sono semplici partite di giro. Lasciare in legato il peculio « non deducto aere alieno » può parere per conseguenza un controsenso e così – da un punto di vista formalistico – si giustifica il dubbio di Ulpiano. È ben chiaro che non si può pensare alla *natura legati* legislativa che si è veduta in alcuni caratteristici testi giustinianei: essa qui non potrebbe menomamente interessare: il dubbio proviene dalla configurazione speciale che assume in quest'ipotesi il legato di peculio, in quanto l'*adiectio* sembra contraddire al concetto stesso di peculio, Del resto Ulpiano riconosce che l'*adiectio* non vizia il legato: e se, in sede di rivendicazione, il rigore formale della procedura impedisce al legatario di farlo valere, qualora egli si trovi già in possesso dell'intero, può – opponendo l'exc.° doli all'erede – ottenere completa esecuzione alla volontà del testatore. Se poi il testatore avesse pensato a formulare la sua volontà altrimenti, dichiarando per esempio di non avere crediti col legatario e di rimettergli quanto esso gli deve, nessun dubbio sorge più sulla piena validità della disposizione.

D. (46. 1) 5 Ulpianus *l. 46 ad Sabinum.* Si riferisce l'insegnamento di Giuliano secondo cui il fideiussore che diviene erede del debitore, rimane lui obbligato in via principale, e la obbligazione accessoria si estingue, mentre se un reo principale succede a un altro reo principale, rimane obbligato *e duabus causis*, non essendovi un criterio per decidere quale delle due obbligazioni si debba estinguere: analogamente nel caso inverso di un *reus stipulandi* che succede a un altro *reus stipulandi.* Però si osserva:

> plane si ex altera earum egerit, utramque consumet, videlicet quia *natura obligationum duarum*, quas haberet, ea esset, ut, cum altera earum in iudicium deduceretur, altera consumeretur.

Dal punto di vista sostanziale il testo è semplice: nelle obbligazioni solidali attive l'essersi entrambe le azioni cumulate in testa a un solo creditore non può alterare la reciproca interdipendenzn che le caratterizza e che costituisce la *natura* di quelle obbligazioni. Io non so escludere in modo assoluto che qui *natura* non possa significare il regime giuridico positivo fatto dalla legge alle obbligazioni

solidali; l'inciso - un'aggiunta logicamente non necessaria - può anche dare luogo a sospetto, sebbene la esatta *consecutio* dei tempi e dei modi deponga per la classicità: ma è forse più probabile che davvero Ulpiano volesse qui alludere alla struttura sostanzialmente identica delle due obbligazioni in parola, e che *natura* anche qui non si discosti dal suo valore genuino.

Una conclusione analoga è forse parimenti da preferire in

D. (45. 2) 9 § 1 PAPINIANUS *l. 27° quaestionum.* Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum est cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, *statum et naturam obligationis*, quae duos initio reos fecit, mutare non potest.

Nel principio del testo Papiniano aveva osservato che il deposito presso due persone a pari condizioni genera una obbligazione solidale [1]: la pattuizione di una diversa misura di responsabilità esclude la solidarietà facendo venir meno l'identità dell'obbligazione per tutti i coobbligati: non la esclude invece la riduzione accordata *ex post* a favore di un solo, perchè non si altera la struttura originaria della obbligazione: nè c'è bisogno di pensare ad una struttura imposta dalla legge positiva.

Per tutti i testi qui ricordati [2], un elemento non trascurabile, per quanto insufficiente considerato isolatamente, a favore del significato classico di *natura*, *naturaliter* ecc., è il vedere queste espressioni affatto trascurate dagli scoliasti bizantini: anche le somme dei testi classici, di cui è costituito il testo dei Basilici, per lo più le

[1]) Questo mi sembra il testo più notevole in favore della regola generale della solidarietà fra più depositarii: v. il mio lavoro *Misura della responsabilità nell'actio depositi* in *Arch. giur.* 83 (1910) p. 27 estr. L'accenno al comodato e la successiva esemplificazione sono interpolati.

[2]) Per le fonti antigiustinianee il risultato dell'indagine è assolutamente negativo: in GAIO l'unico testo (cfr. il vocabolario dello ZANZUCCHI s. v. *natura* p. 70) che potrebbe dar luogo a dubbi è la *natura actionum* (4. 33) di cui già si è occupato il LONGO (*Criterio giustinianeo*, p. 4 estr.): per la *natura societatis* (3. 149) v. retro nel testo.

omettono [1]) La simpatia spiccata che hanno i bizantini per la formola della *natura contractus* nel suo valore dogmatico giustinianeo non avrebbe loro permesso di trascurare degli spunti classici, se ve ne fossero stati: essi vi si sarebbero piuttosto soffermati con insistente compiacenza, precisamente come rispetto ad alcuni pochi altri testi - che ora vedremo - nei quali viceversa la formola è già opera loro.

Io ritengo interpolata la formola *natura contractus* in tre soli testi:

D. 2. 14. 7 § 5 (Ulpianus) *natura contractus;*
16. 3. 24 (Papinianus) *natura depositi;*
19. 5. 5 § 4 (Paulus) *natura mandati.*

Poichè in questi luoghi la formola è usata in quella che è forse la più notevole delle sue applicazioni bizantine, come criterio per decidere della efficacia di un patto aggiunto, mi pare necessario, anche per evitare delle ripetizioni, esaminare qui, e da un punto di vista generale, il rapporto intimo che intercede tra la formola di cui mi occupo e la teoria bizantina dei *pacta*. Il copiosissimo materiale che forniscono, nei Basilici, gli scolii antichi di vari autori permettono di documentare esaurientemente questo punto, di importanza fondamentale sia per la dimostrazione della non genuinità dei testi classici accennati, sia per la luce che può gettare sulla evoluzione subita dal regime classico dei contratti.

5. Già da un esame anche sommario dei Basilici risulta in modo evidente la speciale importanza che dànno i bizantini alla teoria dei *pacta* e lo sviluppo che per conseguenza le assegnano nelle loro trattazioni. Nei Basilici il titolo *de pactis* (11. 1 περὶ πάκτων ἤτοι συμφώνων Hb. 1. 553 sg.) è fra i più ricchi di scolii, per la più parte antichi: e preziose citazioni *heroes* antegiustinianei [2]) dimostrano che le teorie

[1]) Dei testi citati, le espressioni *natura, naturaliter* sono riferite nel testo dei Basilici solo in due casi, dei più manifestamente insospettabili; D. (22. 5) 21 § 3 e (45. 1) 2 § 1: e nessuno scolio li illustra.

[2]) In Hb. 1. 646 sch. 1 ταύτην Taleleo riferisce l'osservazione di Patricio essere impossibile fare un elenco dei patti contra legem, come pure aveva tentato Cirillo (l'antico) - verosimilmente in un titolo « de pactis » del suo ὑπόμνημα τῶν δεφινίτων [commentarium definitionum]: cfr. Hb. *Manuale*, p. 9. Patricio è ricordato anche in Hb. 1. 649 sch. per essersi occupato della l. 9 C. 2. 3.

relative erano largamente trattate in quelle scuole - particolarmente in quella di Berito [1]) - da cui uscirono i compilatori del Corpus Iuris.

La elaborazione bizantina dei *pacta* è schiettamente teorica: anche illustrando casi singoli gli scoliasti raramente trascurano di risalire a quel loro schema scolastico che con maggiore larghezza e precisione si trova esposto da STEFANO in un punto fondamentale, nella Protheoria a D. (12. 1) 40 [Hb. 2. 633], alla quale corrisponde perfettamente il commentario d'autore ignoto ad Ulpiano D. (2. 14) 5 [Hb. 1. 557].

Risparmiando di riferire integralmente i due passi, prolissi e intralciati di esempi e di richiami, ne estraggo la indicazione schematica che lo scoliaste fa dei patti secondo i vari punti di vista.

1. Rispetto al soggetto dell'azione a cui vantaggio il patto è rivolto:

pro reo o *pro actore*. Hb. 2. 633: Τὰ μέν... ἐπ' ὠφελείᾳ τοῦ ῥέου τυποῦνται, τὰ δὲ... ἐπ' ὠφελείᾳ συμφωνεῖται τοῦ ἄκτορος. [Quaedam... in utilitatem rei formantur, quaedam vero... in utilitatem paciscuntur actoris].

Cf. 1. 557: ἢ τὸν ἐνάγοντα ἢ τὸν ἐναγόμενον ὠφελοῦντα. [Vel actorem vel reum adiuvantia]: cfr. l. 563 sch. 3.

2. Ancora sotto questo punto di vista, ma con riferimento al contenuto del contratto:

vel augent vel minuunt contractum. Hb. 1. 557 e 2. 633: αὐξητικὰ ἢ μειωτικά. [augentia vel minuentia].

3. Rispetto al tempo in cui il patto si stringe, in rapporto al tempo del contratto a cui si aggiunge:

ex continenti o *ex intervallo* Hb. 2. 633: Τῶν πάκτων τὰ μέν ἐστιν ἐξ κοντινέντι, τοῦτ' ἔστιν ἐν ἀρχῇ γίνονται τοῦ συναλλάγματος, τὰ δὲ ἐξ ἰντερβάλλο, τοῦτ' ἔστιν μετὰ τὸ συνάλλαγμα. [Pactorum quaedam sunt ex continenti, hoc est in initio fiunt contractus; quaedam vero ex intervallo, hoc est post contractum].

[1]) Insegnavano a Berito Cirillo l'antico e Patricio; verosimilmente Taleleo e il suo probabile discepolo Stefano. L'attività dei beritesi sui libri di Ulpiano *ad Edictum*, la fonte principale in tema di patti, fu rilevata dal FERRINI (*Sull'esistenza della formola proibitoria* ecc. nel volume per l'8° centenario dell'Univ. di Bologna [1888], p. 85).

4. Rispetto all'efficacia processuale:

vel transformant actionem, vel gignunt, vel tollunt Hb. 1. 557: καί ποτε μὲν μετατυποῦντα τὴν ἀγωγήν, ποτὲ τίκτοντα, ποτὲ δὲ ἀναιροῦντα. [et modo transformantia actionem, modo parientia, modo tollentia].

5. Rispetto all'alterazione che il patto produce sulla *natura contractus:*

vel naturam contractus transmutant, vel ei insunt illam non mutantia. Hb. 1. 557: ἢ μετατυποῦσιν τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, ἢ σύγκεινται τούτῳ μὴ ἀναλύοντα αὐτό. E, per il solito nesso tra la natura actionis e la natura contractus, Hb. 2. 633: μετατυποῦσι τὴν ἀγωγήν, καὶ τὴν φύσιν ἀμείβουσι τοῦ συναλλάγματος. [transformant actionem et naturam mutant contractus].

L'efficacia processuale poi è determinata dai due elementi del tempo e della parte che si avvantaggia, congiuntamente al carattere di buona fede o meno del negozio principale, secondo uno schema che è costantemente richiamato [1]) e che giova riferire.

PACTA	EX CONTINENTI	*pro reo*	*iudicia b. fidei*	transformant actionem [= mutant nm cus]
			iud. stricta	
		pro actore	*iud. b. fidei*	transformant actionem
			iud. stricta	non transformant [= gignunt exceptionem]
	EX INTERVALLO	*pro reo*	*iud. b. fidei*	transformant actionem
			iud. strictà	non transformant actionem
		pro actore	*iud. b. fidei*	non transformant actionem
			iud. stricta	

Anche in questa specie di chiave pratica che ricorre tanto negli schemi generali che nei testi innumerevoli ove, facendo casi singoli, si richiamano i principî fondamentali della teoria, si ha il solito accostamento della «trasformazione dell'azione» alla «alterazione della struttura positiva del rapporto»: e della consueta tendenza bizantina a passare dal punto di vista processuale a quello del diritto materiale, questa è senza dubbio la specie più notevole sì per la ricchezza di esempi che per l'importanza dogmatica per la dottrina dei *pacta*.

Anzitutto, delle varie distinzioni poste da Stefano, alcune hanno

[1]) STEPH. 1 557; 2. 633; ANON. 2. 634 e passim nel titolo, ad ogni occasione.

la loro base classica, altre sono l'indice delle nuove vedute delle scuole bizantine; basta, per rilevarlo, un sommario esame.

È noto che, disgraziatamente, nei testi delle Pandette in tema di patti non c'è molto materiale sicuro per una teoria generale. Il titolo *de pactis* (2. 14) ha come base il commento d'Ulpiano all'editto [1]), integrato normalmente con quello di Paolo [2]): ma l'unico testo - la l. 7 di Ulpiano - che dia una trattazione generale è nel suo complesso sospetto e in più di un punto sicuramente interpolato [3]). Ad ogni modo è certo però che per i giuristi classici la teoria dei patti è presa in considerazione sempre da un punto di vista processuale.

La particolare posizione dei *pacta* nel diritto romano dipende infatti dalla struttura del sistema contrattuale classico, rappresentato com'è noto da una serie di singole figure (*causae*) nettamente delimitate che corrispondono ai singoli *iudicia*; di schemi fuori dei quali la semplice convenzione non ha efficacia. La giurisprudenza imperiale pare sia arrivata presto a riconoscere che substrato comune e necessario di ogni contratto è l'accordo delle parti [4]), ma la evoluzione del sistema contrattuale fino al tardo riconoscimento, formalmente sempre incompleto, dei cosidetti contratti innominati avvenne sempre su una base oggettiva, in quanto cioè si è finito per riconoscere che in essi sussiste una *causa*, che per essa la *conventio* non è *nuda*, ma *habet in se negotium aliquod* [5]).

Di fronte ai contratti civilmente riconosciuti il semplice patto prende la qualifica di patto nudo; e la massima fondamentale, ripetuta ad ogni occasione nei testi classici e ribadita colla solita abbondanza dai bizantini [6]) è che il patto nudo non genera azione. Tenuto

[1]) *Libro quarto*: l. 1, 5, 7, 10, 12, 14. 16, 22, 26, 29.

[2]) *Libro tertio*: l. 2, 4, 6, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27.

[3]) Cfr. PEROZZI in *St. per Schupfer*, v. I (*D. romano*), p. 177; LONGO in *St. Senesi per Moriani*, I, 195 sg. Cfr. anche più innanzi al § 8.

[4]) PEDIO cit. da ULPIANO h. t. 1 § 3.

[5]) D. (19. 5) 15. Per l'antitesi, su questa base, tra il patto nudo e i contratti innominati cfr. Hb. 1. 650 sch. 2 (Σημείωσαι) e 651 sch. 3.

[6]) Mi pare superfluo riferire scolii che non fanno se non illustrare questi principii generali. In essi è esaltato il valore generale di *pactum* (σύμφωνον) come sinonimo di qualunque accordo, specie nel campo delle obbligazioni: dei patti, alcuni « transeunt in speciale nomen contractus », oppure sono contratti ma innominati (Hb. 1. 559 sch. 1 cfr. 554; 562 CYRILL e ANON.), cosicchè il patto nudo riesce definito per esclusione (1. 560 cfr. 565 sch. 6 tardo).

fermo il valore generale di *pactum*, come sinonimo di *conventio* [1]. l'antitesi fondamentale è quindi tra il patto « nudo » e quello « quod habet in se negotium aliquod », ossia le varie figure contrattuali riconosciute: a queste sono poi da aggiungere quelle convenzioni a cui fu riconosciuta piena efficacia obbligatoria dal pretore (*pacta praetoria*) o dalle costituzioni imperiali (*pacta legitima*) [2]: solo il ritardo della loro evoluzione di fronte alla precoce fissazione dello schema contrattuale impedì che esse vi venissero inquadrate. Sono propriamente questi ultimi tipi quelli a cui nella 4ª delle distinzioni accennate allude Stefano col dire che alcuni patti generano azione [3].

Il patto nudo (ψιλὸν πάκτον) non dà azione: ha però una efficacia processuale negativa. In una clausola inserita nell'editto in epoca, a quanto pare, abbastanza antica, il pretore dichiarava (h.t. 7 § 7) « pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo ». Con essa il pretore naturalmente non ha reso azionabili i patti come tali - che sarebbe stata una rivoluzione del sistema contrattuale - ma si è limitato a dichiarare che egli non concederà il soccorso della sua giurisdizione a chi vuol far valere pretese che siano in contraddizione con accordi presi: così se l'attore accampa una pretesa a cui aveva rinunciato per patto, si concede al convenuto l'exceptio pacti; se un patto successivo ha ripristinato l'azione paralizzata dal primo, si concede all'attore la replicatio. È quindi un'efficacia negativa e indiretta, che si riferisce non al patto isolatamente preso, ma al patto come accessorio di un negozio giuridico principale a cui inerisce, il *pactum adiectum* della dottrina.

Considerato nel suo contenuto, il patto aggiunto rappresenta una

[1]) È rimasta isolata la teoria ingegnosamente sostenuta dal MANENTI (in *St. senesi*, vol. 7 e 8: cfr. di nuovo in BIDR. 18. 223) per cui *pactum* sarebbe propriamente la convenzione diretta ad elidere l'azione, e per conseguenza l'*exceptio* non sarebbe già il minimum di efficacia consentito al patto ma la sua efficacia normale. V. nel senso dell'opinione dominante FERRINI in *Filangieri* 17 (1892) 65.

[2]) Per la definizione di Paolo (h. t. l. 6) cfr. FERRINI l. cit., p. 85, contro PERNICE in *ZSSt.*, 9, 198. Cfr. pure Hb. l. 558 sch. 6; 586 sch. 3.

[3]) Non è esclusa (FERRINI, l. cit., p. 88) la denominazione di *pacta* data alla convenzione principale, civilmente riconosciuta: ma di regola (cfr. MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, 148) quella denominazione generica ricorre quando manca il termine specifico, per cui (7 § 1 h. t.) il patto *transit in proprium nomen contractus*.

dichiarazione accessoria di volontà: di queste, solo alcune si prestano ad essere raggruppate sotto categorie speciali: sono, com'è noto. la condizione, il termine, il modo. A prescindere da quest' ultima figura, la cui costruzione dogmatica è, del resto, più romanistica che romana, credo importante notare che condizione e termine hanno in comune la particolarità di essere elementi, per dir così, accidentali per loro natura, in quanto implicano di necessità un negozio principale a cui si riferiscono: sono inconcepibili, come rapporti giuridici, una condizione o un termine isolatamente presi senza un corrispondente negozio condizionato o a termine. Di più la loro efficacia, considerata in rapporto a quelle altre « dichiarazioni accessorie di volontà » che si designano complessivamente come « patti aggiunti », ha questo di particolare, che affetta l'esecuzione e l'esistenza stessa del negozio ma non la sua struttura organica: questa, a mio avviso, può essere la ragione per cui l'apposizione di condizioni o di termine non potè incontrare, in tesi generale, difficoltà basate sul rigido schematismo contrattuale o. per lo meno, le difficoltà furono minori e più presto superate [1]). Di fronte a queste figure speciali, delle altre convenzioni accessorie si può dire solo in modo generico che esse tendono ad alterare in varia misura le conseguenze normali del negozio a cui sono aggiunte. Processualmente, esse manifestano la loro efficacia coll'elidere l'azione del negozio in tutto o in parte, o col modificarne la portata. Perciò, dato il carattere negativo della clausola edittale ricordata, è fondamentale vedere se il patto sia a favore dell'attore o del convenuto, perchè solo in questo secondo caso quella difesa negativa sarà normalmente sufficiente.

Questa è la prima delle accennate distinzioni di Stefano: *pacta pro reo* e *pro actore*; ed è certamente quella più importante dal punto di vista classico, ed è puramente processuale, in quanto può dipendere da circostanze estrinseche alla struttura del negozio giuridico il farsi attrice una parte piuttosto che l'altra, quando dal negozio

[1]) Cfr. Girard, *Manuale*, 484, n. 5 per i dubbi che si sarebbero agitati, ancora in epoca relativamente avanzata, in ordine all'apponibilità di condizioni a contratti non formali. Però Gaio 3. 146 non mi pare accenni all'esistenza di dubbi positivi: nella Cost. 6 C. 4. 37 il dubbio credo dipenda dalla natura particolare del rapporto di società, in ordine al quale il problema veramente c'è, e grave: cfr. De Francisci in bidr., 22, 204 sg.

nascano due azioni [1]). Ma quasi costantemente i bizantini preferiscono un criterio che praticamente coincide con questo, ma di diritto sostanziale: invece di dire che il patto è a favore dell'attore o del reo essi considerano la relazione che passa tra il patto e il contenuto normale del rapporto ed osservano che il patto ora lo aumenta, ora lo diminuisce: *vel auget vel minuit contractum.* Io non credo di escludere in modo assoluto che i giureconsulti classici si ponessero mai da questo punto di vista; che cioè, considerando il patto in quanto tende ad alterare – in più od in meno – il regime normale di un istituto, non lo qualificassero appunto come aumento o diminuzione del rapporto fondamentale: al mio assunto basterebbe la dimostrazione puramente negativa che anche qui i classici non partono mai dal concetto di una «natura» legislativa. Ma non posso a meno di osservare che la scarsità dei testi relativi prova per lo meno che quello sopra accennato non era il loro punto di vista preferito, come lo è invece per gli scoliasti: nettamente, quell'antitesi non è fatta, ma con altre parole, che in un testo di PAPINIANO [2]) su cui tornerò, e in uno di SCEVOLA di cui si può anche sospettare [3]): *augere* è riferito ad *obligatio* in due altri soli testi estranei al tema dei patti [4]): *augere contractum* manca affatto nelle fonti classiche, come rilevo dal Vocabolario berlinese.

L'altra distinzione a cui s'è accennato, e che dogmaticamente ha maggiore importanza in quanto non rappresenta la enunciazione obbiettiva del genere d'efficacia che il patto ha, ma un criterio per decidere se e quale efficacia esso possa avere, è quella in ragione del

[1]) Se come opina il LENEL (*E. P.*², p. 64, n. 6) il frammento di Ulp. in D. (44. 1) 1 va riferito a questo punto di vista, se ne argomenta che a questa distinzione i classici si attenevano ben rigidamente.

[2]) D. (18. 1) 72. I pacta «quae detrahunt emptioni» insunt al contratto: quelli «quae adiiciunt», non insunt. E questo mi par genuino.

[3]) D. (22. 2) 5 § 1. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest. Aggiunta generica e mal collegata col passo che precede. Il titolo corrispondente dei Basilici (53. 5) quale ci è conservato (Hb. 5. 117) non ha questo frammento, ma CUIACIO (*Obs.* IX. 28) ne riferisce una versione greca (secondo HEIMB. l. cit. n. 2 l'indice di Stefano o di Doroteo) da un ms. ora perduto. L'inciso è reso così: ἐπὶ τούτων γὰρ τὸ πάκτον καὶ χωρὶς ἐπερωτήσεως πλατύνει τὴν ἐνοχήν.

[4]) Aggravamento della posizione del fideiussore per fatto del debitore principale (AFRICANO D. [13. 4] 8); o di quella di chi ha prestato la stip. damni inf. per aver poi acquistato la quota dell'altro condomino (PAUL. D. [39. 2] 18 § 5).

tempo in cui il patto si fa: *pacta ex* [*in*] *continenti* e *pacta ex intervallo*. L'antitesi, che i bizantini riportano costantemente colla semplice trascrizione della terminologia latina (ἐξ κοντινέντι o ἐξ ἰντερβάλλο) salvo aggiungere la spiegazione (σύγχρονον, ἐν ἀρχῇ o ἐξ ἀρχῆς τοῦ συναλλάγματος; κατὰ χρόνον τοῦ σ.; παραχρῆμα: contrapp. τὸ μεταγενέστερον σύμφωνον), è frequente nelle fonti classiche applicata a rapporti svariati [1]), come l'espressione ex [o in] continenti nel senso generico di «subito, senza indugio» [2]). In tema di patti la sua importanza si fonda, com'è noto, sul concetto stesso di «patto aggiunto», in quanto il patto conchiuso nell'atto stesso della convenzione principale si trova con essa in un rapporto più intimo: e praticamente essa rileva più che altro nel caso di patti pro actore. Per essi infatti, a cui non è sufficiente la efficacia negativa riconosciuta in generale al patto, è decisivo l'essere conclusi in continenti, perchè allora - nei giudizi di buona fede - dànno azione anche all'attore o per meglio dire gli consentono di ottenere coll'azione del contratto anche le prestazioni accessorie - segnatamente quella di una maggiore responsabilità - che egli abbia pattuito. Precisamente a «pacta in continenti pro actore» va riferita nella più parte dei casi la denominazione speciale di *lex* o *leges contractus* in quanto, in materia di contratti, *lex* quando non indica il contratto preso nel suo complesso, nella sua redazione formale [3]), indica la singola clausola pattuita nel contratto in quanto emana dalla parte che vi occupa la posizione preminente (venditore, locatore ecc.) ed è accettata dall'altra. È notevole che quest'espressione - a parte i suoi riferimenti a negozi non contrattuali [4]) - si applica sempre a giudizi di buona fede: compra ven-

[1]) VALENS D. (35. 1) 89 in tema di legati; ULP. D. (43. 16) 3 § 9: vim vi repellere licet, ma solo ex continenti (= confestim), non ex intervallo; D. (24. 3) 29 pr.: il pater familias può stipulare per sè l'azione dotale ma solo ex c., non ex int., rispetto all'atto di costituzione; D. (44. 5) 1 § 6: oneri imposti al liberto in c. o ex int.

[2]) In continenti: ULP. D. (48. 5) 24 (23) § 4 [testo della lex Iulia de adulteriis: cfr. PAUL. *Coll.* 4. 2. 3-4]; D. (29. 3) 2 § 7; PAUL. D. (35. 2) 1 § 8; AFRIC. D. (46. 3) 39; VENUL. D. (40. 12) 44 pr.; MAECIAN. D. (40. 5) 42. Ex continenti: SCAEV. D. (44 .7) 61 § 1: ULP. D. (40. 5) 37; (47. 4) 1 § 7; (14. 5) 4 § 4.

[3]) Capitolato: cfr. ALFEN. (18. 1) 40 pr.; LABEO (19. 1) 53 § 1; PROCUL. (19. 5) 12; MARCELL. (18. 1) 60; ULP. (2. 4) 10. V. per questi concetti da ultimo. MITTEIS, *Roem. Privatrecht*, 1, 149 sg.

[4]) Così alla mancipatio (regolarmente itp. con traditio): cfr. PROCUL. (50. 16) 126; AFRIC. (8. 3) 33; (40. 7) 15; ULP. (8. 4) 6 pr.; (8. 2) 17 § 3.

dita [1]), che è il caso più frequente, specie per la cosidetta lex commissoria; locazione [2]), mandato [3]), deposito [4]): pel mutuo l'unico testo relativo sarebbe una *lex pro reo* [5]); e veramente, nonostante qualche spunto di un indirizzo contrario [6]), la regola che nei giudizi di stretto diritto i patti, anche ex continenti, a favore dell'attore, non dànno azione, riman sempre vera non solo in diritto classico ma anche nello schema dei bizantini.

Ma l'importanza dogmatica di questa [7]) e delle precedenti distin-

[1]) D. (18.3) e altrove passim: v. pure PAPIN., *Vat.*, 3; 4; 11; 14. Altre specie sono, p. es., il divieto di manomissione o d'esportazione nella vendita di schiavi (GAI. (17.1) 21 § 1; PAPIN. (18.7) 6; (40.1) 20 § 2-3; (18.7) 5-7; *Vat.* 6; PAUL. (18.1) 56; (18.7) 3 e 9; (40,1) 10; ULP. (4.4) 11 § 1; (40.1) 9; 23; 38 § 1; (40.9) 30; (29.5) 3 § 15); la clausola « si quid sacri... est, eius nihil venit » (ULP. (18.2) 22 e 24): cfr. la espressione generica « excipere [=riservare] in venditione » (AQUILIUS cit. in ULP. (19.1) 17 § 6; LABEO (19.1) 53 § 1; ALFEN, (19.1) 21 § 6; (8.3) 30; IAVOL. (18.1) 77; SCAEV. (8.5) 20 pr. § 1; POMPON. (7.1) 32; AFRICAN. (50.16) 205 « recipere »). Una lex venditionis a favore del compratore io trovo solo in ALFEN. (9.2) 52 § 3 (riserva di prova).

[2]) In genere: GAI. (19.2) 25 § 3; ULP. (43.9) 1 § 3; (50.8) 2; (19.2) 15 § 1 [lex conductionis]: per clausole singole: ALFEN. (19.2) 29; 30 § 1; IAVOL. (19.2) 51 pr.; (46.1) 44; SCAEV. (20.1) 31; GAI. 3.145; PAPIN. (50.16) 219; PAUL. (19.2) 24 pr.; ULP. (19.2) 13 § 10.

[3]) ULP. (16.3) 1 § 12, sospetto.

[4]) PAPIN. *Vat.* 257; ULP. (16.3) 1 § 34. Genericamente *lex obligationis* in PAUL. (46.3) 108; *lex contractus* in PAPIN. *Vat.* 8; (19.5) 8.

[5]) MODESTIN. (22.1) 41 § 1: mutuo con facoltà di restituzione parziale. In ULP. (14.1) 1 § 9, « hac lege » mi pare affatto generico e con senso non tecnico.

[6]) Cfr. GIRARD, *Manuale*, p. 613 ove si adduce, oltre la motivazione generale di PAUL. (12.1) 40, un testo di ULPIANO, (12.1) 7, in cui veramente si allude a una stipulatio condizionale; e una costituzione C. (2.30) 10 di A. SEVERO in cui si accorda una condictio utilis. Non credo perciò accettabile l'opinione espressa dal PEROZZI (*Istituz.*, 2, 296 sg.) che tende a escludere, da questo punto di vista, ogni distinzione tra giudizi stretti e di buona fede: come pure non saprei concordare con lui nella recisa opposizione all'opinione, sostenuta particolarmente dal PERNICE, *Labeo*, 2², 1, 183) che la massima « pacta conventa inesse b. f. iudiciis » non si sia affermata che in età relativamente tarda.

[7]) Che anche i classici diano importanza al fatto dell'essere il patto iniziale o no risulta da una serie di testi, anche fuori del Corpus iuris; cfr. PAPIN. *Vat.* 9 (in exordio c. sive postea); 14; 17=(22.1) 18 pr.; (39.6) 42 pr. (lex in exordio data); POMP. (18.1) 6 § 2 (in initio c.); ULP. (2.14) 7 § 5 (in ingressu c.); (50.17) 23, però dubbi. Per i pacta ex continenti nelle costituzioni antigiustinianee del Codice cfr. specialmente C. (5.14) 1 SEVER. et ANTONIN.; (2.3) 13 MAXIMIN.; (4.34) 5 GORDIAN.; (2.3) 27; (4.58) 3 § 1; (4.64) 8; (4.65) 27; (5.12) 24; (8.53 [54]) 22 pr. DIOCL. et MAX.: v. anche (4.65) 34, costituzione greca anonima. Ma, come si osserva in seguito, la distinzione ha per i bizantini una portata notevolmente diversa.

zioni poste nello schema si rivela nella debita luce solo quando sia messa in rapporto con l'ultima, che è schiettamente bizantina; quella appunto di patti che ἢ μετατυποῦσιν τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, ἢ σύγκεινται τούτῳ μὴ ἀναλύοντα αὐτό [vel transmutant naturam contractum, vel insunt ei illum non dissolventia]. A differenza delle precedenti, in cui il patto è considerato in se stesso, nel suo contenuto o nel tempo in cui è fatto, questa vuol determinare l'efficacia che il patto ha sul contratto a cui inerisce, e determinarlo servendosi della prediletta formola della *natura*.

Si è detto che la natura contractus rappresenta per i bizantini la struttura giuridica positiva che la legge attribuisce ai singoli istituti, struttura considerata sia nel complesso sia nei singoli elementi costitutivi. Ora, parlando di « elementi » del contratto, o in generale del negozio giuridico, non si può a meno di ricordare qui la tricotomia, divenuta di prammatica nelle scuole del diritto comune, di elementi essenziali, naturali e accidentali, tanto più che la base esegetica ne è appunto un testo delle Pandette manipolato dai compilatori sotto l'influenza del loro concetto di natura [1]: ma questa distinzione corrisponde piuttosto alla nota teoria aristotelica, fatta propria dalla filosofia medioevale, tra ciò che è essenziale, proprio (o naturale) e accidentale [2]. Nella dottrina bizantina si avrebbe a parlare invece di una dicotomia, e cioè elementi naturali e elementi accidentali, perchè elementi « naturali » sono tutti quelli fissati dalla legge a formare una determinata figura giuridica, salvo a doversi poi vedere caso per caso se e in qual misura li si possano alterare.

In tema di patti, il concetto della natura contractus viene in considerazione anzitutto per la massima, più volte formulata, che non è necessario un patto per gli elementi che sono già contenuti nella « natura ». Le fonti classiche parlano di elementi (obbligazioni, garan-

[1]) Ulp. D. (19.1) 11 § 1: cfr. per l'interpolazione Longo, *Criterio giustin.* ecc., p. 28 estr.

[2]) Sulla tripartizione s'è trovato molto a ridire: e veramente per le esigenze della sistematica può sembrare preferibile l'antitesi tra elementi essenziali e elementi accidentali, siano poi questi ultimi modellati caso per caso dalle parti o, nel loro silenzio, predisposti dalla legge. Ma poichè, anche ora che si è spezzato il rigido schematismo di un tempo, la dottrina continua a studiare singoli « tipi » di contratto, bisogna pure integrare lo scheletro, per dir così, delle norme essenziali con quelle altre che completano la figura normale e tradizionale; e queste sono appunto i « naturalia » delle scuole.

zie, ecc.) che « tacite insunt contractui »: così nella compravendita la garanzia per evizione [1]) e il principio per cui il periculum passa al compratore [2]); così la garanzia degli illata et invecta [3]); le norme legali sulla renuntiatio in tema di società [4]), e il criterio per cui nella società lucri e perdite vanno divisi in quote uguali, salvo patto che le proporzioni diversamente ecc. [5]). Se il patto in questi e simili casi è superfluo gli è perchè, dicono gli scoliasti bizantini, si tratta di elementi « naturali ».

Così, come già altrove s'è ricordato, STEFANO commentando la l. 73 D. 17. 2 di Ulpiano (Hb 1. 783 c. 71 *sch.* 2).

Στεφ. Τὸ κατὰ φύσιν ἑπόμενον τῇ τουτόρουμ βονόρουμ κοινωνίᾳ φησίν· καὶ ταύτης γὰρ τῆς τῶν ῥημάτων προσθήκης ἐκτὸς ἐπὶ τουτόρουμ κοινωνίας τὰ τοιαῦτα δαπανήματα καταλογίζεται τῷ κοινωνῷ, ὡς ἔγνως ἐν τῷ λθ'. διγ. τοῦ φαμ. ἐρκ. τῶν δὲ ἰουδίκιις.

[Ait *id quod secundum naturam sequitur* omnium bonorum societatem: nam etiam absque hac adiectione verborum in omnium (bonorum) societate huiusmodi impendia imputantur socio, ut didicisti in dig. 39 tit fam. erc. librorum de iudiciis].

E, nel commento a un testo di Pomponio in tema di mutuo (D. 12. 1. 3) ove è detto esser superfluo pattuire espressamente la restituzione di cose di uguale bontà, osserva in generale (Hb. 2. 590 c. 3 *sch.* 1):

[STEPH.] Σημείωσαι τὴν ἐπὶ τῷ δανείῳ κρατοῦσαν πρόληψιν, καὶ ὅτι τὰ φύσει παρεπόμενα τῷ συναλλάγματι περιττὸν μέν ἐστι ἐκφωνεῖν, οὐ βλάπτει, κατὰ τὸν κανόνα λέγοντα « superflua non nocent ».

[Nota in mutuo obtinentem praesumptionem, et quod *ea quae naturaliter sequuntur contractui* superfluum quidem est exprimere, non tamen nocent, secundum regulam dicentem: « superflua non nocent »].

[1]) PAPIN. *Vat.* 8 cfr. 17 = D. (22. 1) 18; POMPON. D. (18, 1) 66 pr.; PAUL. (21. 2) 56: ULP. (21. 1) 31 § 20 (quia *assidua* est duplae stipulatio).

[2]) ULP. (18. 8) 1 pr. § 4.

[3]) NERAT. (20. 2) 4 pr.; PAUL. (2. 14) 4; ULP. (20. 2) 6.

[4]) PAUL. (17. 2) 65 § 5 e 9.

[5]) GAI. 3. 50; I. (3. 25) § 1; D. (17. 2) 29; cfr. 60 e 80. Cfr. il « tacite inesse stipulationi » in AFRIC. (20. 4) 9; 46 § 3; 38 pr.

E nell' indice alla l. 43 D. 2. 14 già altrove riferito (Hb. 1. 629 c. 43 *sch.* 1):

...Καὶ οὐ χρεία συμφώνων ἰδικῶν, ἵνα γένηται ταῦτα, ὁπότε κατὰ φύσιν ἔνεστι ταῦτα τῷ συναλλάγματι.

[... Neque opus est specialibus pactis ut fiant haec, *quando secundum naturam insunt haec contractui*].

A questo si richiama con maggiore ampiezza Hb. 1. 568 (Bas. 11. 1. 7 = 7 § 5 D. 2. 14) *sch.* 13:

Πῶς ἐπὶ τῶν κατὰ φύσιν οὐ δεόμεθα πάκτου ἰδιωτικοῦ, ἀλλὰ [ἄδειαν suppl. Hb] ἔχει ὁ καθ' ἕνα συμφωνεῖν τὰ κατὰ φύσιν καὶ ποιεῖν, κἂν τε θέλῃ, κἂν τε μή· ἐπὶ δὲ τῶν παρὰ φύσιν δεόμεθα πάκτου ἰδιωτικοῦ, ζήτει κεφ. μγ'. καὶ τὸν αὐτοῦ ἴνδικα ἀναγκαῖον ὄντα...

[Quomodo *in* (*his quae sunt*) *secundum naturam* non indigemus pacto speciali, sed quisque facultatem habet (de his) quae secundum naturam sunt paciscendi eaque faciendi sive velit sive etiam nolit; *in* (*his vero quae*) *extra naturam* (*sunt*) indigemus pacto speciali, quaere cap. 43 et eius indicem necessarium...].

Analogamente Hb. 1. 735 [Bas. 12. 1. 17 = D. (17. 2) 17 § 2], già citato:

[Anon.] Ἐν τῇ συστάσει τῆς κοινωνίας οὐδὲν δεῖ περὶ τῆς ἀπαγορεύσεως συμφωνεῖν. κατὰ φύσιν γὰρ τῆς κοινωνίας ὁ παρὰ καιρὸν ἀπαγορεύσας ἐνέχεται.

[In contrahenda societate nihil oportet de renuntiatione convenire nam *ex natura societatis* is qui intempestive renuntiavit, tenetur].

Il « κατὰ φύσιν » corrisponde all' *ipso iure* del testo classico (Paul. [17. 2] 17 § 2).

E Teofilo (2. 18. 3 ed. Ferrini p. 198 l. 20):

τοῦτο γὰρ καὶ μὴ προσκείμενον ἡ αὐτὴ διάταξις ὡς φύσει παρεπόμενον δέχεται.

[hoc enim etsi non adiectum, ipsa constitutio *quasi naturae inhaerens* accipit]:

si riferisce a una costituzione di Giustiniano (C. 3. 28. 30 cfr. 36 *pr.*) in cui di « natura » non si parla.

Per contrario il patto occorre - salvo poi a vederne l'ammissibilità e la varia efficacia - quando si tratta di convenire qualche cosa che non inest secundum naturam.

Così l'indice di STEFANO, al passo dianzi citato (Hb. 1. 629):

...οἶδας, ποῦ χρεία πάκτων ἰδικῶν, ὅταν τι θελήσω πακτεῦσαι ὅπερ οὐκ ἔστι κατὰ φύσιν τῷ συναλλάγματι.

[Nosti, quando necesse est specialibus pactis, quando (scilicet) quid velim pacisci *quod non inest secundum naturam* contractui]

e poco oltre:

εἰ μέντοι ἐν τῷ συναλλάγματι ὑπεξῄρηταί τι τῶν κατὰ φύσιν παρεπομένων τῷ συναλλάγματι, χρὴ καὶ τοῦτο παραφυλάττεσθαι.

[si igitur in contractu exceptum sit aliquid *secundum naturam* annexum contractui, oportet et hoc servare]:

e CYRILL. (ibid.):

ἐν ταῖς ἀγορασίαις, εἴ τι παρὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος συμφωνηθῇ γίνεσθαι, φυλάττεται.

[in emptionibus si quid *extra naturam contractus* convenerit fieri, servatur].

Cf. l'ANONIMO: Hb. 2. 26 (Bas. 13. 2. 1 = D. [16. 3] 1 § 6. 7) *sch.* 8:

Καὶ πλέον γὰρ καὶ ἧττον τῶν προσόντων ταῖς βόνα φίδε ἀγοραῖς ἐν ἀρχῇ δυνάμεθα συμφωνεῖν.

[Nam et plus et minus quam inest b. f. actionibus ab initio pacisci possumus].

Sicchè, quando non si è pattuito nulla ἐναντίον τῆς φύσεως, il contratto è perfetto κατὰ φύσιν.

Hb. 1. 568 (Bas. 11. 1. 7 = D. [2. 14] 7 § 6) *sch.* 16:

...ἐπὶ τῶν καλῇ πίστει συναλλαγμάτων, οἷον πράσεως καὶ ἀγορασίας, κἂν ἐν τῇ ἀρχῇ καὶ τῇ συστάσει τοῦ συναλλάγματος οὐ συνεφωνήθη τι ἐναντίον τῆς τοῦ συναλλάγματος φύσεως, ἀπηρτίσθη τοῦτο κατὰ τὴν ἰδίαν φύσιν.

[in b. f. contractibus, veluti emptione et venditione, si in principio et initio contractus nihil convenerit *adversus naturam contractus*, contractus perfectum est secundum propriam naturam].

Il problema fondamentale consiste nella determinazione dei modi e dei limiti entro i quali è possibile al patto alterare la natura del contratto: e qui occorre tener conto da un lato del carattere derogabile o meno delle norme costituenti la *natura*, dall'altro della efficacia diversa che può avere il patto a seconda del momento in cui si forma o del rapporto a cui inerisce: due punti di vista che, com'è chiaro, si integrano a vicenda.

Per il primo, il punto di partenza è comune ai classici e ai bizantini, nel senso che vi sono in ogni negozio giuridico delle norme inderogabili, contro cui nulla vale la contraria dichiarazione di volontà delle parti: lo dichiarano i noti aforismi «ius publicum privatorum pactis mutari non potest», «privatorum conventio iuri publico non derogat», inteso l'ius publicum in quel suo valore più generale di cui forse eccessivamente si è voluto dubitare.

È specialmente in materia di patti dotali che i giureconsulti classici hanno più frequente occasione di escludere la validità di patti che contraddicono al regime inderogabile dell'istituto: si nega la possibilità di limitare la responsabilità del marito al dolo [1]) o di accordargli per la restituzione termini più lunghi di quelli legali [2]), e si dubita sul patto di convertire i frutti in dote [3]); come d'altra parte è dichiarata la illeceità del patto di non esigere le spese necessarie [4]) o di non agire de moribus o ob res donatas vel amotas [5]): al concetto medesimo si ispira la massima con cui si finì per negare la validità del patto «ne dolus praestetur» [6]). Di qui tutta la teoria dei patti illeciti: così - nelle fonti bizantine - uno scolio... alla l 61 D. 2. 14 distingue i patti privi di efficacia in illegali, ossia contrari alle leggi, impossibili per natura, immorali e ridicoli:

Hb. 1. 639 *sch.* 2: ...τῶν συμφώνων τὰ μέν εἰσιν ἄκυρα, ὡς παράνομα ἤτοι αὐτῷ τῷ νόμῳ ἐναντιούμενα, τὰ δὲ ὡς τῇ φύσει ἀδύνατα, τὰ δὲ ὡς ἐναντία τοῖς ἀγαθοῖς τρόποις, τὰ δὲ ὡς καταγέλαστα.

[Pactorum quaedam invalida sunt ut legibus contraria, quae-

[1]) Ulp. (23. 4) 6.
[2]) Iulian. (23. 4) 18.
[3]) Ulp. (23. 4) 4.
[4]) Paul. (23. 4) 5 § 2.
[5]) Paul. (23. 4) 5 pr. cfr.; Sch. Sinait. 9.
[6]) Paul. (13. 6) 17 pr.; (2. 14) 27 § 3; Ulp. (50 17) 23.

dam ut natura impossibilia, quaedam ut contraria bonis moribus, quaedam ut ridicula][1]).

E siccome nel concetto della *natura contractus* rientrano tanto gli elementi derogabili che gli inderogabili[2]), non mancano casi in cui la illeceità obbiettiva del patto è richiamata all'antitesi in cui si trova colla *natura*: così nel testo, già altrove ricordato, delle Istituz. 3. 25. § 2, il dubbio di Q Mucio è considerato dai bizantini in rapporto ad una eventuale contrarietà colla natura societatis: « Q. Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit » - cfr. Teoph. *ad. h l.* «...τῇ φύσει ἐναντιοῦσθαι... [*naturae repugnare*].

Bisogna però riconoscere che nella gran massa dei testi bizantini la natura contractus viene in considerazione non come limite obbiettivo alla liceità dei patti, ma come complesso di norme che dai patti possono venire modificate e variamente configurate, e, perciò si riconosce in generale la validità di patti che vanno contro la *n. c.*[3]), anzi i bizantini non si peritano ad affermare che la *n. c.* discende dal patto: così esplicitamente Teofilo (3. 24. 3: ed. Ferrini p. 359 l. 2), spiegando il testo delle Istituzioni, altrove riferito, in tema d'enfiteusi:

φύσις γὰρ γινέσθω τῷ συναλλάγματι τὸ πάκτον.

[natura sit enim contractui pactum].

[1]) Quest'ultima categoria va riferita, nel concetto dello scoliaste, alla specie fatta nel testo che si commenta: per l'evoluzione posteriore al riguardo v. lo scolio - recente - che segue.

[2]) Cfr. Longo, *Criterio giustinianeo* ecc., p. 28 estr.; *N. a. nelle fonti biz.*, p. 41 estr. Però è da tener presente che nella più parte delle specie di fatto la *n. c.* è dichiarata inderogabile non per il carattere « iuris publici » degli elementi che la costituiscono, ma perchè il patto è « ex intervallo », ossia perchè la volontà delle parti non è intervenuta a tempo.

[3]) Si osservi del resto che solo con una certa improprietà si rende col latino « contra naturam » il greco παρὰ φύσιν. Il significato fondamentale di παρὰ seguito dall'accusativo è, com'è noto, quello di « oltre », « al di là », « al di fuori »: se, parlando di disposizioni coattive, oltrepassare (παραβαίνειν, transgredi) corrisponde all'andar contro (al comando o al divieto), παρὰ φύσιν nell'uso comune è semplicemente l'andare al di là della natura, ossia convenire qualche cosa che essa normalmente non contiene; e veramente il caso tipico è quello dei patti « quae augent naturam ». Per l'oscillazione del significato di παρὰ tra *contra* e *extra* cfr. già Segre in *BIDR.* 19. 227 in nota.

Quando al secondo dei punti di vista accennati, io credo si possa dire in generale trattarsi di una esaltazione bizantina della distinzione classica tra patti in continenti e ex intervallo, intimamente compenetrata col concetto della «natura». La natura contractus è per i bizantini la configurazione giuridica positiva che il rapporto assume all'atto della sua formazione, rappresentata dal complesso delle norme inderogabili che la legge impone e di quelle che le parti possono liberamente includere od escludere: è, sarei tentato di dire, un materiale fluttuante che viene fissato al momento in cui il contratto si forma, sicchè le convenzioni accessorie fatte in quel momento si compenetrano nella struttura del negozio che nasce. Allora il contratto assume la sua natura, e conseguentemente all'azione si assegna quel contenuto maggiore o diverso che corrisponde al rapporto di diritto sostanziale su cui essa si modella. Nella gran massa degli scolii non c'è che l'imbarazzo della scelta per riferire i più tipici.

I pacta ex continenti nei giudizi di buona fede - è il caso in cui la teoria si applica in tutta la sua larghezza - dànno al contratto una nuova natura: così in generale:

Theoph. 4, 2. 2 (ed. Ferrini, p. 397, l. 9).

τὰ γὰρ γινόμενα πάκτα εἴωθεν ἀμείβειν τὰς τῶν συναλλαγμάτων φύσεις.

[*pacta enim facta solent mutare contractuum naturas*];

e con riferimento più completo ai patti sia in aumento che in diminuzione, Stefano nella Protheoria già ricordata alla l. 40 D. 12. 1.

(Hb. 2. 633): Τέως δὲ μάθε, τί ἐστι τὴν φύσιν ἀμείβεσθαι τοῦ συναλλάγματος, καὶ μετατυποῦσθαι τὴν ἀγωγήν. θεματίσω δέ σοι αὐτὸ τοῦτο μὲν ἐπὶ βόνα φίδε, τοῦτο δὲ καὶ ἐπὶ στρίκτας ἀγωγῆς. Οἷον παραπέπηγε κατὰ φύσιν τῷ τῆς πράσεως καὶ ἀγορασίας συναλλάγματι καὶ τῇ ἐξ ἔμπτο τὸ τὸν πράτην ἐπερωτᾶσθαι τὴν δοῦπλαν, οὐ μὴν καὶ ἐγγυητὴν ἐπὶ τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας τῷ ἠγορακότι προςκαθιστᾷν. Τοῦτο δὲ τῆς ἐξ ἔμπτο κατὰ φύσιν ἐχούσης, σύμφωνον ἐξ κοντινέντι γεγένηται μειωτικόν, ὥστε τὸν πράτην μὴ ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν. Ἐνταῦθα γὰρ ἀμείβεταί πως ἡ φύσις τοῦ συναλλάγματος καὶ ἡ ἐξ ἔμπτο λοιπὸν οὐκέτι κατὰ τὴν οἰκείαν βαδίζει φύσιν, οὐδὲ τὸν πράτην ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν ἀπαιτεῖ.

Καὶ τὸ ἐναντίον πάλιν, εἰ καὶ αὐξητικὸν πάκτον γένηται, ὥςτε τυχὸν πρὸς τῇ ἐπερωτήσει τῆς δοῦπλας καὶ ἐγγυητὴν δοθῆναι τῷ ὠνουμένῳ, πάλιν ἡ φύσις ἀμείβεται τοῦ συναλλάγματος, καὶ ἡ ἐξ ἔμπτο λοιπὸν ἐπὶ αὐξήσει μετατυποῦται, καὶ ἀπαιτεῖ καὶ τὸν ἐγγυητήν, ὡς ἔστι μὲν ἀλλαχόθεν μαθεῖν, μάλιστα δὲ ἐξ ὧν ὁ Οὐλπιανὸς ἐκ τοῦ Παπιανοῦ ἀναφέρει ῥεσπόνσων ἐν τῷ ζ'. διγ. τοῦ δὲ πάκτις. Οὕτως μὲν ἐπὶ τῶν βόνα φίδε συναλλαγμάτων τὰ ἐξ κοντινέντι πάκτα μετατυποῦσι τὴν ἀγωγὴν καὶ τὴν φύσιν ἀμείβουσι τοῦ συναλλάγματος.

[Interim autem disce *quid sit naturam contractus mutari, et transformari actionem.* Exponam tibi hoc tam in b. f. iudicio quam in stricto. Ecce insitum est secundum naturam emptionis et venditionis contractui, et actioni ex empto, venditorem repromittere duplam, non autem et fideiussorem duplae stipulationis nomine emptori constituere. Hoc actione ex empto secundum naturam habente, pactum ex continenti factum est minuens (contractum), ne venditor repromittat duplam. Tunc enim *mutatur quodammodo natura contractus* et actio ex empto iam non secundum propriam naturam ambulat, neque exigit venditorem duplam repromittere. Rursus per contrarium si pactum factum sit augens (contractum), puta praeter stipulationem duplae etiam fideiussorem emptori dari, rursus *natura contractus mutatur*, et actio ex empto iam in augmentum transformatur, et exigit et fideiussorem, ut licet aliunde disci, potissimum autem ex his quae Ulpianus ex Papiniani refert responsis in dig. 7 tit. de pactis. *Ita quidem in bonae fidei contractibus pacta ex continenti transformant actionem et naturam contractus mutant*].

e lo stesso altrove: Hb. 2. 337 (Bas. 20. 1. 9 = D. [19. 2] 9 pr.) *sch.* 1:

...ἀμείβειν γὰρ τὰς φύσεις τῶν συναλλαγμάτων διὰ συμφώνων ἔξεστιν. [nam *mutare naturas contractuum per pacta licet*].

Cf. Hb. 1. 66 (Bas. 2 3. 23 testo), in tema di misura di responsabilità:

[ANON.] ...τὰ γὰρ ἐν ἀρχῇ συμφωνούμενα φύσιν διδόασι τοῖς συναλλάγμασιν...

[*pacta* enim *initio facta naturam dant contractibus*].

Sono i patti iniziali quelli che determinano, definiscono, il contenuto dei contratti; così ancora:

[Steph.] Hb. 1. 561 (Bas. 11. 1. 7 = D. 2. 14. 7 § 5).

Ἐκεῖνα... καὶ μόνα σύμφωνα ἔνεισι τῷ συναλλάγματι καὶ μετατυποῦσι τὴν ἀγωγὴν ἐπὶ ὠφελείᾳ τοῦ ἄκτορος, ἅπερ ὅρον τινὰ παρέχουσι τῷ συναλλάγματι, τουτέστιν, ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος γίνεται.

[illa... et sola pacta insunt contractui, et transformant actionem in utilitatem actoris, *quae definitionem quandam praebent contractui,* hoc est, initio contractus fiunt];

cfr. Hb. 1. 563 *sch.* 3 (tardo).

E, col solito scambio tra contratto e azione, e rilevando che il patto giova sì in aumento che in diminuzione della «natura» normale, Steph. 2. 26 (Bas. 13. 2. 1 = D. [16. 3] 1 § 6-7) *sch.* 8, già altrove riferito;

[Id] 1. 574 (Bas. 11. 1. 7 = D. [2. 14] 7 § 13-16) *sch.* 36:

Εἰρήκαμεν, ὅτι διὰ τῶν συμφώνων καὶ πλατύνειν καὶ μειοῦν τὰς φύσεις τῶν ἀγωγῶν δυνατόν ἐστι.

[diximus quod *per pacta et augere et minuere naturas actionum* possibile est];

cfr. 1. 656 (Bas. 11. 1. 74 = C. [2. 3] 13) testo:

Ἐπὶ τῶν καλῇ πίστει συναλλαγμάτων τότε τυποῦται ἀπὸ συμφώνου ἀγωγή, ὅταν κατὰ χρόνον τοῦ συναλλάγματος γένηται τὸ σύμφωνον· εἰ γὰρ ἐξ ἰντερβάλλο γένηται τοῦτο, οὐκ ἀγωγήν, ἀλλὰ παραγραφὴν γεννᾷ.

[in b. f. contractibus tunc *formatur ex pacto actio*, cum tempore contractus fit pactum: si enim ex intervallo factum sit, non actionem sed exceptionem parit],

e l'ampio scolio anonimo (Ὅπερ κεκανόνισται...) e il seguente di Teodoro:

Hb. 1. 657 (ibid.): Τὰ ἐξ κοντινέντι πάκτα ἐπὶ τῶν βόνα φίδε ἀγωγῶν μετατυποῦσι τὴν ἀγωγήν, τὰ δὲ ἐξ ἰντερβάλλο παραγραφὴν τίκτουσι.

[Pacta ex continenti in b. f. actionibus *transformant actionem*: ex intervallo exceptionem gignunt].

Un ultimo scolio, per quanto tardo, come rilevo dalle espressioni, merita di essere riferito per la particolare chiarezza:

Hb. 1. 565 (Bas. 11. 1. 7 = D. [2. 14] 7 § 3-6) *sch.* 8.

Εἰ καὶ τὰ μάλιστα τὰ γυμνὰ σύμφωνα πρὸς τοκετὸν ἐνοχῆς οὐ συμβάλλεται, ὅμως ἔσθ' ὅτε τυποῖ τὴν μέλλουσαν τίκτεσθαι ἀγωγὴν καὶ ὥςπερ μορφὴν ἑτέραν αὐτῇ παρέχει, ὡς ἐπὶ τῶν καλῇ πίστει συναλλαγμάτων. εἰώθαμεν γὰρ λέγειν, ταῖς καλῇ πίστει ἀγωγαῖς ἤτοι τοῖς συναλλάγμασιν ἐνεῖναι καὶ ὥςπερ παρεμφυκέναι τὰ σύμφωνα. ἀλλὰ τοῦτο οὕτω χρὴ νοεῖν, ἵνα, ὅτε μὲν ἐκ τοῦ παραχρῆμα ἐπακολουθῇ τῷ συναλλάγματι τὰ σύμφωνα, τότε καὶ ὁ ἐνάγων ἐν τούτοις ὠφελεῖται, μεταποιησθείσης αὐτῷ τῆς ἀγωγῆς. Εἰ μέντοι μετὰ χρόνον τοῦ συναλλάγματός τι συμφωνηθῇ ὑπὲρ τοῦ ἐνάγοντος, οὐ δύναται αὐτὸν ὠφελεῖν τὸ τοιοῦτον σύμφωνον ἐνάγοντα, ἐπειδὴ εὑρίσκεται ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τικτομένη ἀγωγή. ἐκεῖνα γὰρ ἁπλῶ τὰ σύμφωνα ἔνεστι τοῖς συναλλάγμασιν, ὅσα πρὶν γεννηθῆναι τὰς ἀγωγὰς συμπεφώνηται, καὶ ὥςπερ νόμον τινὰ καινὸν ταῖς ἀγωγαῖς παρέχουσιν, ὡς ἐν ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος γενόμενα.

[Quamvis plerumque nuda pacta ad procreationem actionis non prosint, tamen interdum *formant nascituram actionem et quasi aliam formam ei praebent*, ut in b. f. contractibus. Solemus enim dicere b. f. actionibus sive contractibus inesse et quasi adnasci pacta. Sed hoc ita oportet intelligere ut si quidem ex continenti subsecuta sint contractui pacta, tunc et actor ex ipsis adiuvatur, *transformata ei actione*. Si vero post tempus contractus quid convenerit pro actore, non potest tale pactum ipsum actorem adiuvare, quoniam videtur ex nudo pacto nata actio. Illa enim nuda pacta insunt contractibus quae antequam nascantur actiones paciscuntur, et veluti *legem quandam novam* actionibus praebent, quippe initio contractus facta].

Il caso tipico è, come s'è detto, quello dei giudizi di buona fede: nei giudizi stretti l'efficacia del patto va solo a favore del convenuto, in quanto appunto non si manifesta che sotto la forma d'*exceptio*: ma anche qui i bizantini ci tengono a ravvisare la trasformazione dell'azione che avviene attraverso la mutazione della natura contractus: e ciò sempre poichè il patto è iniziale.

Così Stefano, nella Protheoria già citata a D. (12. 1) 40.

Hb. 2. 633 (Bas. 23. 1. 42: D. [12. 1] 40): ...Μάθε, πῶς ἐπὶ τῶν στρίκτων μετατυποῦται διὰ τῶν ἐξ κοντινέντι πάκτων ἡ ἀγωγή, ἐκ πλευροῦ μέντοι τοῦ ῥέου, καθὰ φθάσαντες εἴπομεν. Ἐπερώτησέ [1]) τις τινὰ πούρως χιλίους χρυσίνους. σύμφωνον δὲ γέγονεν ἐν ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος, ἐφ' ὅσον ἀμέμπτως καταβάλῃ τοὺς τόκους ὁ ῥέος, μὴ ἀπαιτηθῆναι· τοῦτο τὸ σύμφωνον ἐν κοντινέντι γενόμενον τὴν φύσιν ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος, καὶ τὴν πούραν τε καὶ στρίκτην ἐξ στιπουλάτου μετατυποῖ καὶ αἱρετικὴν εἶναι παρασκευάζει, ὡς ἔστι μαθεῖν ἐν τῷ προαναπεφωνημένῳ τιτ. δὲ πάκτις διγ. δ'. Οὐλπιανοῦ ῥητῷ.

[Disce, quemadmodum in strictis transformatur per pacta ex continenti actio, ex parte scilicet rei, ut supra diximus. Stipulatus est quidam pure mille aureos, et pactum factum est in initio contractus (ut) donec sponte solveret usuras reus, [sors] non peteretur: hoc pactum ex continenti factum *naturam mutat contractus*, et puram et strictam ex stipulatu (actionem) transformat et condicionalem esse efficit, ut disci potest in supradicto titulo de pactis dig. 4 Ulpiani].

Cfr. Hb 2. 634 (ibid.) *sch.* τοῦ Ανωνύμου:

...οὕτως τὰ μὲν παραχρῆμα ἢ ἐξ κοντινέντι ἤτοι ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος συμφωνούμενα πάκτα τὴν μὲν βόνα φίδε ἀγωγὴν ἀδιαστίκτως μετατυποῖ, τὴν δὲ στρίκταν ἐκ πλευροῦ τοῦ ῥέου.

[Ita pacta quae statim sive ex continenti, id est in initio contractus paciscuntur bonae fidei actionem sine distinctione transformant, strictam autem ex parte rei] [2]).

[1]) Il caso a cui allude qui Stefano è quello fatto in D. (2. 14) 4 § 3 da Paolo, con richiamo a Giuliano: è l' unica specie classica, e pare una novità di Giuliano (diversamente Perozzi, *Istit.*, 2, 296, n. 1); del resto si noti, dal punto di vista classico, che qui non si trattava di alterare la struttura positiva, ossia il contenuto dell'*a. ex stipulatu* ma solo di differirne la esperibilità, come se la *stipulatio* fosse stata condizionale. Sempre a questa fattispecie si riferiscono gli scolii che fanno l' ipotesi di pacta ex continenti pro reo: cfr., oltre quelli citati nel testo, Hb. 2. 635 sch. 8 Steph.; 1. 554. 4 sch. 1.

[2]) Cfr. Hb. 1. 657 (Bas. 11. 1. 74 = C. [2. 13] 13) sch. 1. Δεῖγμα τῶν στρίκτων ἐπὶ τῶν ἐξ κοντινέντι πάκτων ἐκ μέρους τοῦ ἐναγομένου. Ἐ[πε]ρώτησέ τις τινὰ καθαρῶς ῥ νομίσματα, ἐφ' ὅσον ἀμέμπτως καταβάλλει τοὺς τόκους ὁ ἐναγόμενος, μὴ ἀπαιτηθῆναι αὐτόν. Τοῦτο τὸ σύμφωνον, ἐν ἀρχῇ γινόμενον, τὴν φύσιν ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος, καὶ τὴν καθαρὰν καὶ στρίκταν ἐκ στιπουλάτου ἤτοι

E uno scoliaste tardo ribadisce il concetto - su cui si dovrà tornare in appresso - che l'exceptio è di quelle che insunt contractui e trasformano l'azione:

Hb. 1. 563 (Bas. 11. 1. 5 = D. [2. 14] 5) *sch.* 3.

ἐπὶ μὲν οὖν τῶν στρίκτων τὸ σύγχρονον πάκτον τότε μετατυποῖ τὴν ἀγωγήν, [ὅτε ἐπὶ] ὠφελείᾳ τοῦ ῥέου γένηται, καὶ δίδωσι καὶ παραγραφὴν τούτῳ ἐνοῦσαν ἐκ τοῦ μεταμορφῶσαι τὴν ἀγωγήν, περὶ οὗ εὑρήσεις...

[in strictis igitur pactum ex continenti factum tum transformat actionem (cum in) utilitatem rei fit, et dat *exceptionem, quae ei inest ex transformatione actionis,* de quo invenies...].

Anche la teoria dei pacta ex intervallo è imperniata sulla natura contractus e questa appunto, non più le semplici ragioni processuali, giustifica il loro regime più rigoroso. La regola è che essi, come «patti nudi», non generano azione e quindi non giovano all'attore. Così:

Hb. 1. 560 (Bas. 11. 1. 7 = D. [2. 14] 7 *pr.* § 2) *sch.* 1.

[Steph.] ...τὸ γὰρ μὴ μετατυποῦσθαι διὰ τῶν ἐξ ἰντερβάλλο πάκτων τὴν ἀγωγὴν ἐπὶ ὠφελείᾳ τοῦ ἄκτορος, τοῦτο τῶν ὡμολογημένων ἐστί. Τότε οὖν τὸ νοῦδον, ὡς εἴρηται, πάκτον μετατυποῖ τὴν ἀγωγήν, ὅτέ σύγχρονόν ἐστι τῷ συναλλάγματι.

τὴν ἀπαίτησιν τὴν ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ συμφώνου ἀποκρίσεως μεταποιεῖ, καὶ αἱρετικὴν εἶναι παρασκευάζει, καὶ τῶν τόκων εὐγνομόνως διδομένων ἀργεῖ ἡ ἀπαίτησις αὐτῶν.

[Exemplum pactorum ex continenti ex parte rei in strictis (actionibus). Stipulatus est quidam pure C nummos, ne, quamdiu sponte solveret usuras debitor, exigeret ab eo. *Hoc pactum initio factum naturam mutat contractus,* et puram et strictam ex stipulatu actionem, id est petitionem ex interrogatione et pacti responsione, transformat, et condicionalem efficit, et usuris sine mora solutis cessat petitio earum].

Ho trascritto questo scolio - che la forma stessa dimostra recente - perchè esso ha singolarmente frainteso tutto quanto il problema. Lo scoliaste infatti non rileva che il dubbio nasceva unicamente dal fatto che la clausola - relativa al pagamento delle usure e correlativo impegno a non chieder la restituzione - non era stata dedotta in stipulazione. Lasciamo stare la singolare definizione, di cui ha sentito il bisogno, dell'a. ex stipulatu e la infelice formulazione finale, ove pare voglia dire che cessa la petitio delle usure (αὐτῶν), e non quella della sors! Così almeno nella lezione dell'Heimbach; il Fabroto ha diverse varianti cfr. Hb. l. cit. n K e sg.) che rendono il testo più ragionevole, ma che non so quanto siano fondate sui mss.

[... nam per pacta ex intervallo actionem non transformari in utilitatem actoris, hoc certum est. Tunc igitur, ut dictum est, nudum pactum mutat actionem quando eodem tempore cum contractu initum est];

cfr. Id. in Hb. 1. 561, già più volte ricordato, e

Cyrill. Hb 1. 562: ...εἰ)... μετὰ τὴν πρᾶσιν συνεφωνήθη τι παρὰ τὴν φύσιν τῆς πράσεως, τοῦτο οὐ τίκτει ἀγωγήν, ἐπειδὴ νοῦδόν ἐστι, οὔτε δὲ μετατυποῖ, παραγραφὴν δὲ τίκτει.

[si)... post venditionem convenerit aliquid *extra naturam venditionis*, hoc non parit actionem, quia nudum est, neque transformat, exceptionem autem parit].

Al convenuto invece giovano anche i p. ex intervallo, perchè gli dànno l'exceptio. Così, nella solita Protheoria, Stefano:

Hb. 2. 633 sg.: ...Ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων τὰ ἐξ ἰντερβάλλο γινόμενα σύμφωνα, τοῦτ' ἔστι, μὴ ἐν ἀρχῇ γινόμενα τοῦ συναλλάγματος, ἐπὶ μὲν τῶν στρίκτων ἀγωγῶν οὔτε τὴν φύσιν ἀμείβουσιν, οὔτε μετατυποῦσι τὴν ἀγωγήν, παραγραφὴν δὲ καὶ μόνον τῷ βέῳ χαρίζονται. ἐπὶ δὲ τῶν βόνα φίδε συναλλαγμάτων, εἰ μὲν μειωτικά ἐστι τοῦ συναλλάγματος· θὲς γάρ, ὅτι συνέδοξε, τὸν πράτην μὴ ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν, ὅπερ ἡ φύσις ἔχει τοῦ συναλλάγματος, καὶ ὅπερ κατὰ φύσιν τῇ ἐξ ἔμπτο παραπέπηγεν· εἰ μὲν οὖν μειωτικά ἐστιν, ὡς εἶπον, μετατυποῦσι τὴν ἀγωγὴν καὶ τὴν φύσιν ἀμείβουσι τοῦ συναλλάγματος, καὶ ἡ ἐξ ἔμπτο λοιπὸν οὐκέτι κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν κινεῖται, οὔτε ἀπαιτεῖ τὸν πράτην ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν. εἰ δὲ αὐξητικόν ἐστι συναλλάγματος· θὲς γάρ, ὅτι συνέδοξε τὸν πράτην καὶ ἐγγυητὴν παρασχεῖν ἐπὶ τῆς ἐπερωτήσεως τῆς δούπλας...· εἰ τοίνον αὐξητικὸν εἴη τὸ σύμφωνον τὸ ἐξ ἰντερβάλλο, τὴν μὲν φύσιν οὐκ ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος, οὐδὲ αὔξει ἢ μετατυποῖ τὴν ἐξ ἔμπτο, παραγραφὴν δὲ χαρίζεται τῷ ἀγοραστῇ, καὶ ἐὰν ἐναχθῇ τῇ ἐξ βένδιτο χάριν τοῦ τιμήματος, ἀντιτίθησιν αὐτῷ ταῦτα ἀπαιτεῖν καὶ τὰ συνδεδογμένα, καὶ ἐγγυητὴν ἐπὶ τῆς ἐπερωτήσεως τῆς δούπλας αὐτῷ παρασχηθῆναι, κτλ.

[In contractibus pacta ex intervallo facta, idest quae non fiunt in initio contractus, in strictis quidem actionibus *neque naturam mutant neque transformant actionem,* sed exceptionem dumtaxat reo indulgent. In contractibus autem bonae fidei, si quidem contractum minuentia sunt: pone enim convenisse ven-

ditorem duplam non repromittere, quod tamen natura habet contractus et secundum naturam actioni ex empto inest: *si igitur*, ut dixi, *contractum minuant, transformant actionem et naturam mutant contractus*, et actio ex empto deinceps non secundum propriam naturam movetur neque exigit venditorem repromittere duplam. Si vero (pactum) augeat contractum; pone enim convenisse venditorem etiam fideiussorem duplae nomine praebere, ...: *si igitur augeat contractum pactum ex intervallo, non mutat naturam contractus neque auget aut transformat actionem ex empto*, sed exceptionem emptori largitur, et si conveniatur actione ex vendito pretii nomine opponit ei (venditori) se ea petere quae placuerunt, et fideiussorem duplae nomine sibi praeberi...];

e l'Anonimo:

Hb. 2. 634 (ibid.): ...Τὰ δὲ ἐξ ἐντερβάλλο τὴν μὲν στρίκταν οὐδ' ὅλως μετατυποῖ· τὴν δὲ βόνα φίδε μειωτικά μὲν ὄντα τοῦ συναλλάγματος μετατυποῖ, καὶ ἐνοῦσαν τίκτει παραγραφήν· αὐξητικὰ δὲ ὄντα μένειν αὐτὴν ἐπὶ σχήματι συγχωρεῖ, παραγραφὴν δὲ καὶ μόνην χαρίζεται.

[... Pacta autem ex intervallo strictam (actionem) nullo modo transformant; bonae autem fidei actionem, si quidem pacta detrahant contractui *transformant, et exceptionem pariunt quae inest*; sin autem adiiciant, ipsam manere in suo statu sinunt, et exceptionem solam indulgent].

Cfr. anche Hb. 1. 656. 74, testo e scolio già citati;
1. 657 (Bas. 11. 1. 74 = C. [2. 13] 13) *sch.* 1, tardo.

...Τὰ δὲ ἐξ ἐντερβάλλο, ἤτοι τὰ μὴ ἐν ἀρχῇ γινόμενα τοῦ συναλλάγματος, ἐπὶ τῶν εἰρημένων στρίκτων ἀγωγῶν οὔτε τὴν φύσιν ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος, οὔτε μετατυποῦσιν αὐτήν, παραγραφὴν δὲ καὶ μόνην τῷ ῥέῳ χαρίζεται. Ἀλλ' ὅτε μὴ εὑρηθῇ ἐναγόμενος, ἀλλ' ἐνάγων, οὐδὲ ἐκ τούτου τοῦ συμφώνου ὠφεληθήσεται.

[Pacta autem ex intervallo, sive non in exordio contractus facta, in supradictis strictis actionibus *neque naturam contractus mutant, neque transformant actionem*, sed exceptionem tantum reo praestant. Sed cum non inveniatur conventus sed agens, neque ex hoc pacto adiuvabitur].

La regola generale negativa è formulata da uno scoliaste tardo, in Hb. 2. 7 (Bas. 13. 1. 5 = D. [13. 6] 5 § 2) *sch.* 6:

...φησὶ γὰρ ὁ κάνων· τὰ παρὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, εἰ μὴ σύγχρονά εἰσι συμφωνούμενα, ἀγωγὴν οὐ τίκτουσιν, ἀλλὰ παραγραφήν.

[... ait enim regula: *Pacta extra naturam contractus, nisi synchrona sint, actionem non pariunt sed exceptionem*];

e, nella stessa sede, un altro scolio recente (Hb. 2. 11 *sch.* 27) ribadisce le distinzioni poste da Stefano, rilevando che nei giudizi di buona fede, il patto ex intervallo non vale a trasformare la natura contractus se mira ad aumentarne il contenuto: se invece mira a diminuirlo (p. es. riduzione della responsabilità), allora anche l'essere ex intervallo non fa differenza:

καὶ εἴτε ἐξ ἀρχῆς συμφωνηθῇ, εἴτε μετὰ ταῦτα, οὐδὲν ἐμποδών· ἐν ἑκατέρῳ γὰρ καιρῷ ἡ φύσις μετατυποῦται τοῦ συναλλάγματος ἐνδυνάμως, ὑπὲρ τοῦ ἐναγομένου γεγονότος τοῦ συμφώνου.

[et sive ab initio convenerit, sive postea, nihil refert, nam *utroque tempore natura contractus cum effectu transformatur, si pactum pro reo initum sit*].

Da questi scolii risulta la differenza che corre qui, secondo i bizantini, tra giudizi di buona fede e di stretto diritto. In entrambe le categorie il patto ex intervallo «quod auget contractum» non trasforma l'azione nè intacca la natura: se invece il patto «detrahit contractui», esso genera sempre l'exceptio, ma nei b. f. iudicia questa è considerata come insita nel contratto, e tale da mutarne la natura: nei stricta iudicia invece l'exceptio muta la natura contractus solo quando è generata da un patto ex continenti.

Perciò, come s'è già visto nello schema che, per maggior chiarezza, ho fatto precedere, si ha che la mutazione della natura contractus, e conseguente trasformazione dell'azione, avviene pro actore solo quando si tratti di patto iniziale e di giudizio di buona fede: pro reo, se si tratta di patto iniziale, sempre: se di patto ex intervallo, solo nei b. f. iudicia. L'alterazione per patto iniziale è la conseguenza normale della teoria bizantina per cui il patto fissa e con-

creta, per così dire, il contenuto dell'azione [1]): più interessante è vedere come la natura sia mutata anche dal patto ex intervallo pro reo. Dal punto di vista classico, la distinzione tra patti iniziali e posteriori interessa in fondo solo per i patti pro actore perchè, onde abbiano efficacia, è necessario che il giudice li possa considerare come parte integrante del negozio concluso, in applicazione della nota massima « pacta conventa inesse b. f. iudiciis »; quelli pro reo hanno, sia iniziali che ex intervallo, l'efficacia normale dell'exceptio che per loro è sufficiente. Dal punto di vista bizantino invece, che non è più prettamente processuale ma sostanziale, importa vedere quale efficacia abbiano sulla natura contractus, e di qui la differenza rilevata tra azioni strette e di buona fede. In queste, anche il patto ex intervallo trasforma la natura: la massima mi pare indiscutibile di fronte alla chiarezza con cui la pone STEFANO nella nota Proteoria, e ad una serie di scolii da cui la si evince, direttamente o *a contrariis*: cfr. specialmente Hb. 1. 560 *sch.* 1; 561; 563 *sch.* 3; 2. 7 *sch.* 7; 11 *sch.* 27; 634 *sch.* τοῦ Ἀνονύμ. Contraddetta la trovo solo in uno scolio: Hb. 1. 566 (Bas. 11. 1. 7 - D. [2. 14] 7 § 3-6) *sch.* 13 ὁ ἐπερωτήσας. Vi si fa dapprima una distinzione pratica tra le exceptiones quae insunt e quelle quae non insunt, riferendo al primo caso quelle che escludono direttamente l'intentio, al secondo quelle che escludono solo la condemnatio. Poi si segue:

Ὅσαι μὲν οὖν τῇ ἰντεντίονι πολεμοῦσι, ἐνοῦσαί εἰσιν, ὡς πᾶσαι αἱ ἀπὸ τῶν ἐξ κοντινέντι τεχθεῖσαι ἀγωγαὶ (?) συμφώνων. Ὅσαι δὲ δέχονται μὲν τὴν ἰντεντίονα, ἀπωθοῦνται δὲ τὴν κονδεμνατίονα, ὡς αἱ ἀπὸ τῶν ἐξ ἰντερβάλλο συμφώνων, αὐταὶ ἐνοῦσαι οὐκ εἰσὶν ἐπὶ τῶν καλῇ πίστει συναλλαγμάτων. ἔλθε γὰρ ἐπὶ τὸ προκείμενον. αἱ ἀπὸ τῶν ἐξ κοντινέντι συμφώνων τικτόμεναι μετὰ ταῦτα παραγραφαὶ κατὰ τὸ ἐνόν ἐξετάζονται, καὶ μετατυποῦσιν τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, δευτέραν ὥςπερ αὐτῷ χαριζόμεναι φύσιν.

[Quae igitur intentioni repugnant, insunt, ut omnes actiones (*recte* exceptiones) ex pactis ex continenti factis natae. Quae autem intentionem quidem recipiunt, condemnationem autem

[1]) Così, per l'inammissibilità del patto « ut societas ad heredes transeat (D. 17. 2] 59 pr.) gli scoliasti insistono nel far notare che il patto non vale neppure se iniziale: cfr. Hb. 1. 762-63 sch. 1. 2.

excludunt, ut quae ex pacto ex intervallo nascuntur, hae non insunt b. f. contractibus. Accede enim ad id quod propositum est. Exceptiones quae ex pactis ex continenti factis postea nascuntur quia insunt contractibus considerantur et naturam contractus transformant, secundam quasi naturam ei tribuentes].

Pare che qui si neghi esplicitamente che le exceptiones nate da patti ex intervallo siano insite al contratto e ne mutino la natura, e non saprei come conciliarlo colle chiare affermazioni in contrario. Il testo è, del resto, anche altrimenti problematico [1]): si noti la singolare concezione delle exceptiones nate ex intervallo da patti ex continenti, delle quali l'esempio avrebbe ad esser quello del recesso dalla compravendita re nondum secuta, dove veramente si tratta di un patto ex intervallo.

Altre contraddizioni alla massima in parola sono solo apparenti [2]). Quanto alla sua giustificazione, io credo non la si possa trovare altro che in quell' aforisma « pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis » di cui i bizantini hanno esaltato l' importanza, compenetrandolo colla teoria della « natura »: pare cioè che essi ritengano non solo che il patto iniziale dà alla natura contractus quella configurazione che vogliono le parti, ma ancora che la natura dei contratti di buona fede è tale da esservi come virtualmente già contenuta ogni alterazione - in meno, s' intende, - che le parti pattuiscano in seguito. Sull' argomento converrà del resto tornare a proposito della l. 7 § 5-6 D. 2. 14, ove si richiama il recesso dalla compravendita che è appunto il caso usualmente richiamato dagli scoliasti a questo proposito.

Per ciò che riguarda, infine, l'alterazione della natura contractus in aumento, la regola posta nello schema subisce una eccezione in

[1]) Verosimilmente ciò dipende dalla singolare struttura del frammento d'Ulpiano che si commenta, che i compilatori hanno dovuto rimaneggiare da cima a fondo, e tutt'altro che felicemente, per innestarvi la loro teoria.

[2]) Così in Hb. l. 657 sch. 1 ὅπερ κεκανόνισται, verso la fine: può far sorgere dubbio l'espressione usata (τὰ ἐξ ἐντερβάλλο... εἰ μὲν μειωτικά ἐστιν... οὐχ ὡσαύτως μετατυποῖ) ma il pensiero è chiarito dal contesto nel senso normale. Quanto ad Hb. l. 557 sch. τῶν συμφώνων, tardo e che manifestamente si ispira alla Proteoria di Stefano, è evidentemente dovuta a un equivoco la integrazione proposta dall' Hb. a p. 558, lin. 1 con αὐξητικά, che sconvolgerebbe il senso: il corrispondente scolio in Hb. l. 563 (sch. 3) mostra che l' ἀ... conservato nel ms. va integrato con ἀ[μείβουσιν (τῆς ἀγωγῆς)] τὴν φύσιν.

quanto, sulla base dei criterii sopra accennati, i bizantini riconoscono l'efficacia di un patto ex intervallo anche « ad augendam obligationem », quando con esso non si fa che ripristinare i « naturalia » di un rapporto alterati – in meno – da un patto precedente. Al solito gli scoliasti hanno dinanzi agli occhi un caso tipico, quello fatto in materia di dote da Paolo in D. (2. 14) 27 § 2. Che ivi la « natura actionis » sia una intrusione tribonianea è stato dimostrato dal LONGO [1]: egli ha pure felicemente osservato che il testo rappresenta la fusione dei due diversi punti di vista da cui il giurista classico e i compilatori bizantini considerano il medesimo caso. Il marito ha rinunciato, con un primo patto, al beneficio del termine annale per la restituzione delle cose mobili dotali (la solita interpolazione per l'annua bima trima dies): poi, con un secondo patto, gli si ridà il beneficio del termine. In Paolo il dubbio sorgeva non già di fronte alla teoria dei patti, ex continenti o ex intervallo, ma di fronte al regime della dote che non tollera di venir alterato a danno della moglie. Ma si osserva che in realtà non si tratta di una « deterior condicio » perchè la donna non ha fatto che rinunciare a un favore affatto speciale, ritornando al regime quale è fissato dalla legge. All'interesse pubblico basta che non si scemino i privilegi normali; che poi, ottenutine altri in più, vi si rinunci, questo ricade nell'ambito della libertà delle parti. I bizantini invece hanno trasportato la questione sotto il punto di vista della natura dell'azione e del rapporto dotale: il primo patto aveva mutato la natura dell'a. dotale, il secondo la ripristina e non rappresenta quindi niente di nuovo [2]). Così Hb. 1. 602 *sch.* 8 CYRILLI; 1. 565 *sch.* 10 ENANTIOPH.: cfr. 3. 479 *sch.* τοῦτο [STEFHANI], già riferiti nella prima parte: così ancora

Hb. 1. 601 (Bas. 11. 1. 27 = D. [2. 14] 27 § 2) sch. 8: il 2° patto è κατὰ τὴν ἐξ ἀρχῆς φύσιν τῆς ἐξ στιπουλάτου. κρατεῖ τοῦτο τὸ σύμφωνον, καὶ ἀνακαινίζεται ἡ φύσις τῆς ἐξ στιπουλάτου κατὰ τὸ προσὸν αὐτῇ ἐξ ἀρχῆς.

[*secundum naturam ex stipulatu actionis.* Valet hoc pactum, et natura ex stipulatu actionis instauratur secundum id quod ab initio ei convenit].

[1]) *Crit. giust.*, p. 8 estr.

[2]) Per il concetto del « deteriorem facere » che va considerato di fronte allo tato iniziale, cfr. anche Hb. 1. 616 (Bas. 11. 1. 29 = D. [2. 14] 29) sch. 2.

La massima è affatto normale: non posso però a meno di notare che i bizantini, inquadrando a loro modo la questione specifica, hanno finito anche qui per svisarla. Si noti: il giurista classico, che passava all' esame di questa specie dopo aver studiato in generale l'efficacia di due patti consecutivi, poteva dire che il primo dei patti in questione era tale *ut imminueret* solo in quanto considera la dote dal punto di vista del marito, ossia dei diritti che il regime dotale dà a lui: riferita la questione all'azione dotale [1]) che compete alla moglie per la restituzione, il punto di vista si inverte: il primo patto – rinuncia ai termini – è un aumento (αὐξητικόν), il secondo è una riduzione (μειωτικόν) e quindi, di fronte alla pura teoria dei patti, non c' era ragione di dubitare: il dubbio sorgeva soltanto sotto quell'altro aspetto da cui PAOLO lo esamina e lo risolve.

6. L' importanza della dottrina ha la sua riprova nelle applicazioni pratiche.

Delle alterazioni pattizie della natura contractus le più frequenti sono quelle che si riferiscono alla misura della responsabilità, per aumentarla o diminuirla. L' ammissibilità di patti di questo genere risale senza dubbio al diritto classico: e veramente la redazione generica dell' intentio nelle formole dei b. f. iudicia (quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona) consente al giudice una libertà di apprezzamento che si esplica in prima linea nel valutare la responsabilità entro quei limiti che le parti stesse abbiano convenuto; diversamente da quanto può avvenire quando il giudice si trova vincolato al maggior rigore dell' azione. Nel deposito che, com' è noto, offre per tutto il diritto classico il singolare fenomeno della persistenza di due formole, l' una in factum e l' altra in ius, è anche permesso distinguere il diverso trattamento sotto questo rapporto: la possibilità di un aumento di responsabilità – di diminuzione, trattandosi di deposito, non è a parlare – dovè essere ammessa nella seconda e negata nella prima, come si può evincere dai testi delle Pandette, in cui compilatori hanno operato una non sempre perfetta fusione [2]).

[1]) Veramente l' inciso *quod – potest* pare anche al LONGO sospetto (loc. cit., p. 7, n. 1).

[2]) L'aumento della responsabilità per patto è riconosciuto da ARISTONE e CELSO padre, citati da NERAZIO D. (17. 1) 39 che, accanto all'a. mandati, pensava all'a.

Anche nelle fonti bizantine - che interessano qui non tanto per la questione di massima, quanto per il riferimento formale alla natura contractus - il deposito, in ragione appunto della limitatissima responsabilità normale, è il caso in cui più frequentemente la si trova alterata per patto: a ciascuno di questi patti, quando siano iniziali, corrisponde un'alterazione della natura, sì del contratto che dell'azione.

Così STEFANO, dopo avere, in un testo già riferito, osservato la diversa «natura» positiva che i «prudentes» (οἱ σοφοί) hanno assegnato a ciascun contratto e in particolare al deposito e al comodato, ripiglia

Hb. 1. 561 (Bas. 11. 1. 7 = D. [2. 14] 7 § 5):

[STEPH.] Ἐὰν οὖν πρᾶγμα παρατιθέμενος ἢ κιχρῶν συμφωνήσῃ, ὥςτε διλιγεντίαν ὀφείλειν τὸν δεποσιτάριον ἢ τοῖς τυχηροῖς τὸν χρησάμενον [ὑποκεῖσθαι], καί ἐστι σύγχρονον τῷ συναλλάγματι τὸ πάκτον, τουτέστιν, ἐν κοντινέντι καὶ ἀρχῇ γενόμενον τοῦ συναλλάγματος, μετατυποῦται ἡ ἀγωγή. εἴ γε μή ἐστι σύγχρονον, ἀλλ' ἐξ ἰντερβάλλο, τουτέστιν, μετά τινα γέγονεν χρόνον, εἰς μετατύπωσιν μὲν ἀγωγῆς οὐ συμβάλλεται, οὔτε ἡ δεπόσιτι διλιγεντίαν ἀπαιτεῖ τὸν δεποσιτάριον, οὐδὲ τῷ χρησαμένῳ τὸν τυχηρὸν ἐπιτίθησι κίνδυνον ἡ κομμοδάτι.

[Si igitur is qui rem deponit vel commodat pactus erit ut diligentiam deberet depositarius vel ut periculis commodatarius (subiaceat), et est sincronum contractui pactum, hoc est, ex continenti et in initio contractus factum, transformatur actio. Si vero non est sincronum, sed ex intervallo, hoc est post quoddam tempus factum est, ad transformationem actionis non prodest, nec depositi actio diligentiam exigit a depositario, nec commodatario periculum casuale imponit actio commodati].

Qui lo scoliaste sta dal punto di vista dell'azione, e la φύσις non è neppure nominata, sebbene il contesto che precede e che segue

depositi in ius: è riconosciuto pure da PAPINIANO D. (45. 2) 9 e in una costituzione genuina di DIOCLEZIANO (*Coll.* X. 5): mentre verosimilmente lo negava - riferendosi all'a. in factum - POMPONIO citato da ULPIANO D. (2. 14) 7 § 15, a cui i compilatori hanno fatto dire il contrario inserendo una doppia negazione. Cfr. il mio scritto su *La misura della responsabilità nell'a. depositi* in *Arch. Giur.* 83 (1910) estr. p. 31.

dimostri che il pensiero si svolge intorno ad essa. Alla « natura contractus » è però fatto espresso riferimento in una serie d'altri passi che già ho citato altrove: cfr. p. es., Hb. 1. 66 testo [ANON.]; 2. 7 *sch.* 6; 2. 26 *sch.* 7 e 8 [STEPH.]: specialmente

2. 11 (Bas. 13. 1. 5 = D. [13. 6] 5 § 14) *sch.* 27:

Ἐπειδὴ ἐπὶ τῶν καλῇ πίστει ἀγωγῶν τὰ ἐξ ἀρχῆς πάκτα τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος μετατυποῦσιν, αὐξητικὰ ὄντα ταύτης· οὐ μὴν τὰ μετὰ ταῦτα, εἰ μήπου μειωτικὰ ὦσι· διὰ τοῦτο ἐκεῖ μὲν, ὡς αὐξήσεως γενομένης ἐπὶ τῷ συναλλάγματι ὑπὸ τοῦ ἐνάγοντος (συνεφωνήθη γὰρ καὶ ἀμέλειαν καὶ δόλον ὑπέχειν τὸν παραθηκάριον, καὶ ταῦτα μόνον δόλον χρεωστοῦντα) προσετέθη τὸ ἐξ ἀρχῆς. εἰ γὰρ μετὰ ταῦτα συνεφωνήθη, οὐκ ἔῤῥωται, ὡς αὐξητικὸν ὄν.

[Quoniam in b. f. iudiciis pacta *ab initio facta naturam contractus transformant*, si illam augeant: non autem quae ex intervallo fiunt, nisi detrahant: ideo illic quidem, cum (contractus) auctus sit ab actore (convenerat enim et culpam et dolum praestare depositarium, qui alias dolum solum praestat) additum est ab initio: nam si ex intervallo convenerit, non valet, quia auget].

Nel comodato il patto iniziale « auget naturam contractus » quando induce una responsabilità maggiore della normale: « detrahit naturae contractus », se scema quella misura, e in questo caso il patto può essere anche ex intervallo.

Cfr. Hb. 1. 561 [STEPHANI], citato poco sopra; ancora per la n. a. 2. 7 (Bas. 13. 1. 5 = D. [13. 6] 5 § 2) *sch.* 7 [STEPH.]:

...δυνατὸν δέ ἐστιν, αὐτὸν τὸν χρησάμενον λέγω, ὑποκεῖσθαι καὶ τοῖς τυχηροῖς, ἐὰν τοιοῦτον γένηται σύμφωνον, ὡς ἀνήνεκται βιβ. δ'. τοῦ κωδ. τιτ. ξδ'. διατ. α'. Θεμάτισον δὲ τὸ σύμφωνον ἐξ κοντινέντι γενόμενον, ἐπεῖ οὐ μετατυποῦται ἡ ἀγωγὴ ἐπ' ὠφελείᾳ τοῦ ἄκτορος, οὐδὲ τὴν οἰκείαν ἡ κομμοδάτι φύσιν ἀμείβει, ὡς ἀνωτέρω [1]) ἐπὶ τῆς δεπόσιτί σοι παραδέδοται.

[1]) Sì nei Basilici che nelle Pandette - che seguono anche qui l'ordine dell'editto giulianeo - il deposito (Bas. 13. 2; D. 16. 3) viene dopo il commodato (Bas. 13. 1; D. 13. 6) (per le ragioni dello spostamento cfr. il mio *Contributo alla storia del contratto di deposito*, in *R. It. Sc. giur.* v. 45 (1909), p. 44 estr.): anche nelle Istituzioni (§ 3-4 I. 3. 14) l'ordine è tale. L'espressione usata qui da Stefano fa supporre che egli avesse invece parlato del deposito prima che del comodato; volendo avanzare un'ipotesi si può pensare che Stefano il quale, a

[Possibile est - ipsum commodatarium dico - subiacere etiam periculis, si tale pactum fiat, ut refertur lib. 4 Cod. tit. 64, const. 1. Finge autem pactum ex continenti factum: postea non mutatur actio in utilitatem actoris, *nec propriam naturam transformat*, ut supra de actione depositi tibi traditum est];

ma altrove - p. es in Hb. 2. 11 *sch.* 27 (tardo) citato sopra - ritorna la natura contractus: cfr anche Hb. 5. 442 *sch.* 3 (tardo). E qui non credo fuor di proposito un' osservazione generale. Negli scoliasti antichi le due formole della natura actionis e della natura contractus ricorrono, si può dire, di pari passo: talora si insiste sull' una, talora sull'altra: spesso, come si vide da molti esempi, si passa dall' una all' altra indifferentemente nello stesso contesto. Negli scoliasti tardi - tale è almeno l' impressione fattami dallo spoglio del materiale - la natura contractus prevale: si direbbe che la elaborazione dogmatica si è sempre più allontanata dal punto di vista processuale, proseguendo quell' indirizzo - direi - sostanziale, che del resto già caratterizza il diritto giustinianeo di fronte al classico.

Ancora per l'alterazione pattizia della misura della responsabilità si può ricordare uno scolio - già citato - in materia di responsabilità dei fullones (Hb. 5. 455): in tema di locazione la validità del patto di accollare al conduttore il caso fortuito viene da Stefano giustificata nel solido modo:

Hb. 2. 337 (Bas. 20. 1. 9 = D. [19. 2] 9) *sch.* 2.

[Steph.] Ἐὰν ἀγρόν σοι μισθώσω, ἢ οἰκίαν, συμφωνῶν πρὸς σέ. ἵνα, ἐὰν τυχηρᾷ τινι περιστάσει ἀπόληται ταῦτα, οἷον χάσματι, ἐμπρησμῷ, ἢ σεισμῷ, ὥςτε σὲ κινδυνεύειν τὸν μισθωσάμενον, ἔῤῥωται τὸ πάκτον, ὥς φησι Ἰουλιανός. ἀμείβειν γὰρ τὰς φύσεις τῶν συναλλαγμάτων διὰ συμφώνων ἔξεστιν.

[Si fundum tibi locavero, vel domum, pactus cum te, ut si casu quodam fortuito ea perierint, quale chasmate, incendio vel

quanto sembra (Heimb. *Man. Basil.* 50) non commentò tutto il Digesto ma solo i libri che si spiegavano nelle scuole (τὰ πραττόμενα βιβλία) abbia esposto - e pubblicato - il commento al tit. del comodato dopo di quello sul deposito. O anche che non si tratti qui dell' Ἔνδιξ ma di qualche scritto speciale: è noto che l'accostamento caro ai bizantini è « depositum vel commodatum », non viceversa, e in quest' ordine compaiono le due azioni nel libello *de actionibus*.

terrae motu, ad te conductorem periculum pertineat, valet pactum, ut ait Iulianus: *naturas enim contractuum mutare pactis licet*].

Già più complessa è l'alterazione convenzionale della natura contractus quando si tratta di modificare non la misura ma l'oggetto su cui verte la responsabilità, o in genere l'obbligazione del contraente. Qui la figura tipica contrattuale subisce una alterazione più intima, e la natura contractus si trasforma, in più o in meno; naturalmente il criterio per decidere della efficacia del patto è anche qui il solito schema: a questi casi anzi si riferiscono gli esempi più salienti, che sono fatti in tema di compravendita, relativamente all'obbligo del venditore di prestare garanzia per l'evizione. La popolarità - per così dire - di questi esempi presso gli scoliasti deriva, oltre che dal trattarsi di casi frequenti, anche dall'essere appunto quelli già contemplati nel digesto in un passo di Papiniano (D. 18. 1. 72) del quale, per l'intimo rapporto in cui è colla l. 7 § 5-6 D. 2. 14, preferisco, a scanso di ripetizioni, rimandare l'esame.

Fermandoci alla prima ipotesi - pacta pro reo - è pacifico che il diritto classico ammette la esclusione per patto della responsabilità per evizione: l'ammetteva anzi in misura più assoluta che non Giustiniano se si ritiene col De Medio [1]) dovuta a quest'ultimo l'eccezione fatta pel caso del dolo del venditore. A parte questa limitazione, che poggia su ragioni etiche, e non ha nulla a vedere col concetto della φύσις, il patto è valido ed è - si dice degli scoliasti - di quelli che trasformano la natura del contratto e dell'azione; l'a. ex empto si foggia in maniera da non dar più al compratore il diritto di esigere la garanzia.

Così Stefano nel passo corrispondente - che riferisco - della più volte citata Proteoria alla l. 40 D. 12. 1 (Hb. 2. 633)

...παραπέπηγε κατὰ φύσιν τῷ τῆς πράσεως καὶ ἀγορασίας συναλλάγματι καὶ τῇ ἐξ ἔμπτο τὸ τὸν πράτην ἐπερωτᾶσθαι τὴν δοῦπλαν.... — Τοῦτο δὲ τῆς ἐξ ἔμπτο κατὰ φύσιν ἐχούσης, σύμφωνον ἐξ κοντινέντι γεγένηται μειωτικόν, ὥςτε τὸν πράτην μὴ ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν. Ἐνταῦθα γὰρ ἀμείβεταί πως ἡ φύσις τοῦ συναλλάγματος, καὶ ἡ ἐξ ἔμπτο λοιπὸν

[1]) *Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore*, ecc. in *BIDR*. 16. 5 sg.

οὐκέτι κατὰ τὴν οἰκείαν βαδίζει φύσιν, οὐδὲ τὸν πράτην ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν ἀπαιτεῖ.

...Ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων τὰ ἐξ ἰντερβάλλο γινόμενα σύμφωνα... [τὴν φύσιν ἀμείβουσιν]... ἐπὶ τῶν βόνα φίδε συναλλαγμάτων, εἰ... μειωτικά ἐστι τοῦ συναλλάγματος· θὲς γάρ, ὅτι συνέδοξε τὸν πράτην μὴ ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν, ὅπερ ἡ φύσις ἔχει τοῦ συναλλάγματος, καὶ ὅπερ κατὰ φύσιν τῇ ἐξ ἔμπτο παραπέπηγεν, εἰ μὲν οὖν μειωτικά ἐστιν, ὡς εἶπον, μεταπυποῦσι τὴν ἀγωγὴν καὶ τὴν φύσιν ἀμείβουσι τοῦ συναλλάγματος, καὶ ἡ ἐξ ἔμπτο λοιπὸν οὐκέτι κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν κινεῖται, οὔτε ἀπαιτεῖ τὸν πράτην ἐπερωτηθῆναι τὴν δοῦπλαν.

[... naturaliter inhaeret contractui emptionis et venditionis, et (actioni) ex empto, venditorem duplam repromittere... Cum hoc habeat a. ex empto secundum naturam, pactum ex continenti factum est minuens, ne venditor duplam repromitteret. *Tunc enim mutatur quodammodo natura contractus, et a. ex empto iam non secundum propriam naturam ambulat*, neque exigit venditorem duplam repromittere...

In contractibus pacta ex intervallo facta... (mutant naturam contractus)... in b. f. contractibus si quidem detrahant contractui. Pone enim convenisse ne venditor duplam repromittat, quod habet natura contractus et quod secundum naturam actioni ex empto inhaeret. *Si igitur detrahant*, ut dixi, *transformant actionem et naturam contractus mutant, et a. ex empto iam non secundum proprium naturam movetur*, neque exigit venditorem duplam repromittere].

É quindi indifferente, per l'alterazione della natura contractus, che questo patto sia iniziale o posteriore: lo stesso è rilevato in Hb. l. 656 (Bas. 11. 1. 74 = C. [2. 3] 13) *sch.* 1, tardo, che riproduce il pensiero, e talora le espressioni stesse di Stefano:

...Τοῦ πράγματος ἐκνικομένου τοίνυν, εἰ σύμφωνον γέγραπται ἐν τῇ ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος, ἵνα μὴ ἐπερωτηθῇ τὸ διπλάσιον ὁ πράτης, διὰ τοῦ συμφώνου μετηλλάγη ἡ φύσις τῆς εἰρημένης ἀγωγῆς τῆς ἐξ ἔμπτο, καὶ ἐμειώθη, καὶ οὐκ ἀναγκάζεται ἐπερωτηθῆναι τὸ διπλάσιον ὁ πράτης. ...Τὰ ἐξ ἰντερβάλλο ἤτοι τὰ μετὰ ταῦτα ἐπὶ τῶν αὐτῶν ἤτοι τῶν καλῇ πίστει, εἰ μὲν μειωτικά ἐστιν τοῦ συναλλάγματος (θὲς γάρ, ὅτι συνέδοξε

τὸν πράτην μὴ ἐπερωτηθῆναι τὸ διπλάσιον, ὅπερ ἡ φύσις ἔχει τοῦ συναλλάγματος καὶ παραπέπηγε τῇ ἐξ ἔμπτο) οὐχ ὡσαύτως μετατυποῖ αὐτὴν καὶ οὐκ ἀπαιτεῖ τὸν πράτην ἐπερωτηθῆναι τὸ διπλάσιον.

[Evicta igitur re, si *pactum scriptum sit initio contractus* ne venditor duplam repromitteret, *per pactum mutata est natura dictae actionis* ex empto, et imminuta est, et non cogitur venditor duplam repromittere... *Pacta ex intervallo*, sive postea illis, scilicet b. f. contractibus, adiecta *si quidem detrahant contractui* (pone enim, quod convenerit ne venditor duplam repromittat, quod natura habet contractus et inhaeret actioni ex empto) *non eodem modo ipsam transformant*, neque exigunt venditorem duplam repromittere].

Genericamente l'ANONIMO:

Hb. 1. 631 (Bas. 11. 1. 45 = D. [2. 14] 46) *sch.* 5 τοῦ Ἀνονύμ.:

...καὶ γὰρ καὶ τῷ πράτῃ καὶ τῷ ἀγοραστῇ ἔξεστιν ἀπὸ συμφώνου μειοῦν τὰ παρ' αὐτῶν ἐποφειλόμενα γίνεσθαι, ὡς κεφ. μα'. τούτου τοῦ τιτ.

[... nam et emptori et venditori licet ex pacto minuere ea quae ab iis praestari debent, ut cap. 41 huius tit.],

e Hb. 1. 38 (Bas. 2. 1. 26 *sch.*) già riferito [1]).

Dei patti «ad augendam obligationem» il caso tipico è, ancora in materia d'evizione, quello per cui il venditore si obbliga a prestare un fideiussor duplae nomine. E anche qui la specie è classica: la fa Papiniano nella l. 72 D. 18, 1 citata, e la richiamano più volte altri giuristi: anzi dalle espressioni da essi usate è lecito argomentare che quel patto era usuale: tanto usuale che v'era una tendenza [2]), contro cui i giuristi insorgono, a ritenerlo addirittura sottinteso. Come patto «quod auget contractum» apposto a un negozio di buona fede, lo si

[1]) Per i patti, sì iniziali che ex intervallo, escludenti la responsabilità del venditore per vizi redibitorii - la cosidetta venditio simplaria, ἁπλῆ ὠνή, o κακὴ ὠνή - cfr. Hb. 1. 619 sch. 1 (CYRILL.): per i testi classici, e le interpolazioni relative, cfr. DE MEDIO in *BIDR.* 16. 28 sgg.

[2]) Cfr. D. (21. 2) 4 pr.; 37 pr.; 56. È noto del resto che in materia d'evizione molto era lasciato agli usi locali (cfr. D. [21. 2] 6 GAI.) e, per l'Egitto, i papiri hanno rivelato la pratica costante di fare intervenire un 3° come garante (πρωπωλητὴς καὶ βεβαιωτής); cfr. spec. DENISSE in *NRH.* 1892, 683.

inquadra secondo il solito nello schema: così STEFANO nella solita Protheoria:

(Hb. 2. 634): (per il patto iniziale) ... Καὶ τὸ ἐναντίον πάλιν, εἰ καὶ αὐξητικὸν πάκτον γένηται, ὥςτε τυχὸν πρὸς τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας καὶ ἐγγυητὴν δοῦναι τῷ ὠνουμένῳ, πάλιν ἡ φύσις ἀμείβεται τοῦ συναλλάγματος, καὶ ἡ ἐξ ἔμπτο λοιπὸν ἐπὶ αὐξήσει μετατυποῦται, καὶ ἀπαιτεῖ καὶ τὸν ἐγγυητήν, ...

(per il patto ex intervallo) ... Εἰ δὲ αὐξητικόν ἐστι συναλλάγματος· θὲς γάρ, ὅτι συνέδοξε τὸν πράτην καὶ ἐγγυητὴν παρασχεῖν ἐπὶ τῆς ἐπερωτήσεως τῆς δούπλας, ὡς ὁ Οὐλπιανὸς ἐν τῷ δ'. καὶ λζ'. διγ. τοῦ de evictionibus φησίν· εἰ τοίνυν αὐξητικὸν εἴη τὸ σύμφωνον τὸ ἐξ ἰντερβάλλο, τὴν μὲν φύσιν οὐκ ἀμείβει τοῦ συναλλάγματος, οὐδὲ αὔξει ἢ μετατυποῖ τὴν ἐξ ἔμπτο, παραγραφὴν δὲ χαρίζεται τῷ ἀγοραστῇ, ...

[Et per contrarium, *si pactum factum sit quod augeat*, puta ut praeter duplae stipulationem et fideiussor emptori detur *rursus natura contractus mutatur*, et a. ex empto in augmentum transformatur, et exigit et fideiussorem, ...

... Si vero pactum augeat contractum, puta enim convenisse ut venditor et fideiussorem duplae nomine praebeat, ut ait Ulpianus dig. l. 4 et 37 tit. de evictionibus; *si igitur pactum ex intervallo augeat contractum, non mutat naturam contractus neque auget neque transformat actionem* ex empto, exceptionem vero emptori largitur..];

e il medesimo in

Hb. 1. 561 (Bas. 11. 1. 7 = D. [2. 14] 7 § 5):

... ὁ πράτης ἐπερωτᾶσθαι ὀφείλει τὴν περὶ ἐκνικήσεως δοῦπλαν, ἐγγυητὴν δὲ παρέχειν ἐπί τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας οὐκ ἀναγκάζεται. τοῦτο οὖν τῆς ἐξ ἔμπτο κατὰ φύσιν ποιεῖν μὴ δυναμένης, εἰ σύμφωνον ἐξ ἰντερβάλλο γένηται, τουτέστιν, μετὰ τὸ καταβληθῆναι τὸ τίμημα, ὥςτε τὸν πράτην καὶ ἐγγυητὴν ἐπὶ τῇ ἐπερωτήσει τῆς δούπλας τῷ ἀγοραστῇ προςκαταστῆσαι, ἆρα ἐῤῥῶται; καὶ ἀπεκρίνατο Παπιανός, τὸ μεταγενέστερον τοῦτο πάκτον μὴ μετατυποῦν τῆς ἐξ ἔμπτο τὴν φύσιν, μήτε δύνασθαι τὸν ἀγοραστὴν κινοῦντα τὴν ἐξ ἔμπτο πλέον τι τῶν κατὰ φύσιν τῇ ἐξ ἔμπτο παρεπομένων ἀπαιτεῖν, διὰ τὸ πολλάκις εἰρημένον λογισμόν, ἵνα μὴ ἀπὸ νούδου πάκτου τεχθῇ ἀγωγή.

[... Venditor promittere debet duplam evictionis nomine, fideiussorem autem dare super duplae stipulationem non cogitur. Hoc igitur actione ex empto secundum naturam facere non valente, si pactum ex intervallo factum sit, hoc est, postquam solutum sit pretium, ut venditor etiam fideiussorem super duplae stipulationem emptori praestaret, num valet? et respondit Papinianus *hoc posterius pactum non transformare actionis ex empto naturam*, neque posse emptorem, agentem ex empto, plus petere quam quod secundum naturam actionem ex empto sequitur, propter saepe dictam rationem, ne ex nudo pacto nascatur actio], dove è singolare vedere la teoria della « natura » posta direttamente in bocca a Papiniano, che non vi pensava menomamente. Ricordo anche qui, oltre l'ANONIMO in Hb. l. 38, anche lo scolio tardo in Hb. l. 657 (Bas. 11. 1. 74 = C. [2. 13] 13):

...Ἐπὶ δὲ αὐξήσει οὗτοι ἐν ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος συνεφώνησαν, ὃ μὴ κατὰ φύσιν ἐστὶν τῇ πράσει· οἷον ὁπηνίκα πρὸς τῇ ἐπερωτήσει τοῦ διπλοῦ καὶ ἐγγυητὴν δοῦναι ἐπερωτηθῇ, ἰδοὺ πάλιν ἠμείφθη ἡ ἐξ ἔμπτο ἀπὸ τοῦ τοιούτου συμφώνου, καὶ ἤυξησε τὴν φύσιν ἐπὶ τῇ παροχῇ τοῦ ἐγγυητοῦ.

...Εἰ δὲ αὐξητικὰ τοῦ συναλλάγματος (pacta ex interv.) (θὲς γάρ, ὅτι συνέδοξε τὸν πράτην καὶ ἐγγυητὴν παρασχεῖν τῆς ἐπερωτήσεως τοῦ διπλασίου, ὅπερ ἡ ἐξ ἔμπτο κατὰ φύσιν οὐκ ἔχει) οὐκ ἀμείβει αὐτὴν τοῦτο τὸ σύμφωνον, οὐδὲ αὔξει ἢ μετατυποῖ αὐτήν· παραγραφὴν χαρίζεται τῷ ἠγορακότι.

[*Ad augendam vero obligationem ipsi in initio contractus* pacti sunt quod secundum naturam venditioni non inest: verbi gratia quando praeter duplae stipulationem etiam fideiussorem dari pactum sit, ecce rursus mutata est actio empti ex hoc pacto, et *auxit naturam* datione fideiussoris.

... *Si vero* (*pacta ex interv.*) *augeant contractum* (pone enim convenisse ut venditor etiam fideiussorem duplae nomine praestaret, quod actio ex empto secundum naturam non habet) *non mutat eam hoc pactum*, neque eam auget aut transformat: exceptionem largitur emptori] [1]).

[1]) Gli stessi concetti, a proposito del medesimo esempio, trovo nella Πεῖρα di EUSTAZIO (Tit. 45 § 12: ZACHARIAE, *Ius graeco-romanum*, l. 213): ma nè qui

Come altro esempio di applicazione di questi medesimi criterî possono servire due altri casi, anch' essi fatti nelle fonti classiche (Ulpiano D. [2. 14] 7 § 5; Paolo D. *ibid.* 27 § 2): il patto di prestare usure maggiori delle legali nella actio tutelae e quello di immediata restituzione della dote: entrambi, come patti pro actore, quae augent contractum, non valgono a mutare la natura positiva del rapporto se non siano fatti ab initio, ossia rispettivamente prima che il pupillo esca di tutela e prima che sia sciolto il matrimonio. Così – risparmiando di citare di nuovo alcuni scolii che ho dovuto nominare addietro – ricordo

Hb. l. 603 (Bas. 11. 1. 27 = D. [2. 14] 27 § 2) *sch.* 14:

il patto di immediata restituzione della dote vale solo se fatto «costante matrimonio»:

ἐπειδὴ πρὶν τεχθῆναι τὴν ἐν τῇ προικὶ ἀγωγήν, ἐγένετο τὸ σύμφωνον, εἰ δὲ μετὰ λύσιν τοῦ γάμου τὸ τοιοῦτον γένηται σύμφωνον, οὐκ ὠφελεῖ τὴν γυναῖκα, οὐδὲ δύναται μεταμορφῶσαι τὸν δεδόμενον ἐκ τῆς διατάξεως τυπον τῇ τῆς προικὸς ἀπαιτήσει, ἐπειδὴ ἐξ ἰντερβάλλο, ἤτοι μετὰ χρόνον, γέγονε.

[... quia priusquam nasceretur de dote actio pactum factum est. Quod si post solutum matrimonium eiusmodi pactum factum sit, non prodest mulieri, neque potest transformare formam a constitutione tributam dotis exactioni, quoniam ex intervallo, sive post tempus, factum est] (cfr. Hb. 1. 650 *sch.* 1 e 2);

e il patto di esigere dal tutore usure maggiori non giova al pupillo se già uscito di tutela:

οὐκ ἰσχύει τοῦτο τὸ σύμφωνον, οὐδὲ μεταμορφοῖ τὴν ἅπαξ κατὰ τὴν οἰκείαν φύσιν γεννηθεῖσαν τουτέλας ἀγωγήν, ἵνα μὴ εὑρηθῇ καινὴ ἀγωγὴ ἐκ τοῦ συμφώνου τικτομένη· ἐκεῖνα γὰρ ἁπλῶς τὰ σύμφωνα ἔνεστι τοῖς συναλλάγμασιν, ὅσα πρὶν γεννηθῆναι τὰς ἀγωγὰς συμφωνεῖται, καὶ ὥςπερ νόμον τινὰ καινὸν ταῖς ἀγωγαῖς παρέχουσιν, ὡς ἐν ἀρχῇ τοῦ συναλλάγματος γινόμενα.

nè nelle altre fonti tarde - che però ho spogliato limitatamente ai punti presumibilmente più interessanti - non ho riscontrato la φύσις, forse per il loro carattere più elementare. Per Psello v. retro al § 3 in fine.

[non valet hoc pactum, neque transformat tutelae actionem, iam semel partam *secundum propriam naturam*, ne inveniatur nova actio ex pacto nata: ea enim simpliciter pacta insunt contractibus quae priusquam actiones nascantur paciscuntur, et quasi novam quandam legem actionibus praebent, ut initio contractus facta].

7. I casi - non ho citato che i più salienti - in cui la mutazione della natura contractus per effetto del patto è riferita ad una alterazione, in più o in meno, della misura di responsabilità, oppure alla esclusione o inclusione di determinate obbligazioni accessorie, provano il carattere e l'importanza che ha in materia di patti la formola in esame. Un'importanza, come si vede, essenzialmente formale: in quelle due serie di casi infatti i bizantini non fanno, in sostanza, se non ridurre sotto una formola dogmatica generale dei principî già in buona parte riconosciuti nella dottrina classica, salvo che questa si limitava a formularli nei casi concreti e collegarli immediatamente alla struttura obbiettiva del rapporto, o meglio dell'azione, di cui si faceva questione. Il largo uso che gli scoliasti fanno di questa formola non è fin qui, in fondo, che un indice di quella tendenza sistematica e generalizzatrice tanto spiccata nei bizantini, e di cui numerose serie di interpolazioni caratteristiche hanno lasciato la traccia anche nel Corpus Iuris [1]). Perciò, se il Digesto ci offrisse dei testi nei quali alterazioni pattizie del genere di quelle rilevate fossero richiamate alla natura contractus, l'interpolazione del lato formale dovrebbe ritenersi sicura, ma potrebbe mancare per avventura il sussidio - bene spesso più direttamente persuasivo - del criterio sostanziale. Fortunatamente invece nei pochi testi in cui quella formola ricorre l'un criterio e l'altro si possono vantaggiosamente cumulare perchè appunto si tratta, a mio avviso, di casi in cui la formola fu condotta ad applicazioni avanzate e, dal punto di vista classico, eccessive.

Di fronte al contenuto normale di una di quelle figure che, nel diritto classico e formalmente ancora nel Corpus Iuris, costituiscono i singoli « contractus », l'efficacia del patto può essere triplicemente

[1]) La simpatia bizantina per le forme introdotte dal *nisi* (nisi specialiter convenit; nisi in contrarium actum est ecc.) - per cui cfr. sopratutto Eisele in *ZSSt.* 10 (1889) 296 sg. - è il più delle volte da ricondurre a questo punto di vista, in quanto i compilatori devono approfittare del caso speciale per esporre la regola generale e avvertire della possibilità di eccezioni.

limitata. Bisogna osservare anzitutto l'efficacia che esso può avere come tale, ossia indipendentemente dal contenuto materiale, e cioè a seconda del momento in cui è fatto, della qualità dell'azione che esso tende a modificare, della parte processuale a cui favore è rivolto: e rieccoci qui alle distinzioni tra patti in continenti o ex intervallo, patti nei giudizi di buona fede o in quelli di stretto diritto, patti pro actore o pro reo. Poi, considerando il contenuto materiale, bisogna vedere se non vi sia una ripugnanza generale all'ordine giuridico, in quanto cioè si risolva in un patto contra leges o contra bonos mores. Da ultimo bisogna vedere in quanto il contenuto materiale del patto, pur non essendo per se stesso antigiuridico, non ripugni però alla configurazione specifica di quel negozio a cui lo si vuole aggiungere: lo schematismo classico, fatto di tipi autonomi e nettamente distinti, non consente che la volontà delle parti possa fondere due figure contrattuali in una, o inserire in una elementi di un'altra [1]). Se questa repugnanza nel diritto giustinianeo è meno sentita e talora superata io credo non sia a ciò estranea la nuova teoria della « natura ».

Un esempio tipico, e che interessa anche testualmente, è il deposito irregolare, la cui derivazione giustinianea può ormai ritenersi acquisita dopo le ricerche del Naber e del Longo. Ivi la *natura contractus* compare proprio nel testo fondamentale, la l. 24 D. 16. 3:

> Papinianus *l.* 9° *quaestionum.* « Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta tibi notum facio; quae quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo ». Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi, depositi actionem locum habere; quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur; nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depo-

[1]) È questo uno dei difetti pratici più gravi del regime classico. Poichè una pretesa non può essere riconosciuta se non vi si adatta una figura tipica d'azione, tutte le volte che la pretesa non corrisponda al contenuto normale di una figura riconosciuta, o non sembra tale da potervisi aggiungere con un patto ex continenti, non si ha altra via che di darle l'efficacia formale della stipulazione. Si veda un caso tipico fatto da Giavoleno (D. 18. 1. 79): alcuni negavano l'a. ex vendita per l'adempimento del patto; altri arrivavano a concederla ritenendo che quell'adempimento fosse parte del corrispettivo; cfr. l. 75 h. t.

siti notissimos terminos. In qua quaestione, si depositi actio non teneat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium iudicis quantum stipulatio; sed *contra bonam fidem et depositi naturam* est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

Non credo necessario fermarmi sui singoli punti di questo frammento, tanto battagliato nell'antica e nella moderna esegesi, nè in particolare sulla divergenza d'opinioni manifestatasi, riguardo alla misura dell'interpolazione, tra il Longo [1]) e il Segré [2]) al quale ha aderito sostanzialmente il Kübler [3]): basta fissare quel tanto che occorre al problema in esame. Merito del Longo è anzitutto di aver fatto osservare che Papiniano in questa *quaestio* trattava un caso pratico dove non aveva ragioni di dilungarsi a prospettare ipotesi diverse da quella sottopostagli; e questa è la ragione d'indole generale, a parte le altre, per cui non può essere suo l'inciso *quod ita - dicendum est*, che, meglio che una nota di Ulpiano o Paolo, ritengo anch'io col Longo essere tribonianeo. La ragione intima dell'opposizione fatta a questa ipotesi pare sia il vedere qui riconosciuto che il «deposito irregolare» excedit depositi notissimos terminos: il Kübler [4]) osserva infatti che ciò non avrebbero potuto dire i Giustinianei; in realtà lo potevano e lo dovevano dire, come lo dicono difatti gli scoliasti bizantini [5]): l'aver riconosciuto il deposito irregolare non toglie che esso sia per loro ancora una figura appunto irregolare; il permesso iniziale d'usare, e il patto di usure, conferiscono al deposito una *natura* diversa della normale.

Meno ancora, di fronte alla specialità del caso a cui Papiniano pensa, può essere suo l'inciso finale «*si tamen - servabitur*» dove è

[1]) *BIDR.*, 18, p. 131 sg.

[2]) *BIDR.*, 19, p. 209 sg.

[3]) *Griechische Thatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur*, in *ZSSt.*, 1908, 204 sg.

[4]) Ibid., p. 205.

[5]) Cfr. Hb. 2. 52. 53 sch. a questa legge, già riferiti.

tutta la teoria della natura contractus applicata alla specie. Propende a ritenerlo interpolato, come sostenne il LONGO, anche il KÜBLER [1]) pure tentando, in via subordinata, un' altra spiegazione poco persuasiva, ed anche il SEGRÉ [2]) riconosce strano l' « *ab initio* », che è appunto il fulcro della nuova dottrina. Di fronte alla quale veramente tutta l' importanza del testo sta nell' inciso finale: come precisamente il pensiero di questa ipotesi, per cui l'a. depositi ampliatasi (πλατυνθεῖσα) contiene anche la petitio delle usure, spiega il « non facile » dell' inciso precedente [3]).

L'eliminazione del periodo *quod ita - dicendum est* rende poi anche più logico il nesso fra le due parti del testo papinianeo, tra cui fu intruso, perchè l' « *et quidem* » apre benissimo il ragionamento sul problema che fu proposto (quaeritur propter usurarum incrementum) mentre ognun vede che dopo le parole « rationem usurarum haberi non facile dicendum est », che sono già una soluzione, l'osservazione seguente vorrebbe essere introdotta logicamente con un « enim ».

Il periodo *et est quidem - dedit* non è direttamente aggredito dalla critica interpolazionistica e, a mio credere, può risalire sostanzialmente a Papiniano, non senza però qualche alterazione. Il problema sottoposto a Papiniano era se il contratto in questione desse o no diritto all' attore di esigere le usure, e la risposta è implicitamente ma chiaramente negativa. Il giureconsulto infatti, dopo aver dichiarato in modo generale che dal contesto dell'obbligazione risulta trattarsi di deposito (quid enim aliud est *commendare* quam *deponere?*), soggiunge che potrebbe perciò sembrare accoglibile la domanda di usure perchè l' a. depositi è di buona fede, e nei b. f. iudicia vale la massima che « tantum potest officium judicis quantum stipulatio » riguardo alle usure [4]): ma, soggiunge subito, questo officium iudicis deve manifestarsi appunto ispirandosi alla bona fides che informa l' azione; la facoltà del giudice di condannare alle usure è un mezzo

[1]) p. 206.

[2]) Loc, cit., p. 225. È vero che *lex contractus* è espressione propria di Papiniano (D. 19. 5. 8; *Vat.* 8) ma a parte il valore molto relativo di questo tenue indizio formale di fronte alle gravi ragioni di contenuto, si può sempre pensare che i compilatori abbiano utilizzato un'espressione del contesto genuino che noi ignoriamo.

[3]) Cfr. schol. in Hb. 2. 53.

[4]) Cfr. D. (3. 5) 6 PAULUS.

con cui egli arriva ad assicurare all'attore la prestazione dovutagli nella sua interezza (quidquid dare facere oportet ex fide bona). In tema di deposito sarà quindi giustificata su questa base la condanna alle usure ex mora o per uso indebito: ma fuori di queste due ipotesi - che qui sono estranee [1]) - la buona fede che presiede al rapporto non tollera che chi si è prestato alla custodia del danaro deva per di più pagare le usure: contra bonam fidem est usuras ab eo desiderare [temporis ante moram] qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si può forse trovare poco felice il «*beneficium dare*», unico esempio del Digesto, e con maggior ragione appuntare come fuor di posto l'inciso «*temporis ante moram*»: all'ipotesi della mora Papiniano non aveva bisogno di pensare, e io credo che l'abbiano inserita i compilatori; ma la sostanza del periodo mi pare genuina. Quello che è manifestamente superfluo è il *contra depositi naturam:* il ragionamento di Papiniano è fatto del punto di vista generale dei giudizi di buona fede e delle esigenze della bona fides nel caso speciale: se - in ipotesi - egli avesse voluto ricorrere all'argomento della natura del contratto, l'avrebbe fatto direttamente, senza cumulare i due criteri in uno. Mentre per contrario è solo nella costruzione giustinianea del testo che il «contra n.m c.us» assume il suo valore tecnico, per cui si riconosce a poche righe di distanza che questa natura si può alterare ab initio: cosa che Papiniano, se avesse anche parlato di «natura», non poteva pensare di certo. Cosicchè, più ancora che per la interpolazione formale della natura contractus, il frammento interessa per le sue altre alterazioni sostanziali, come esempio pratico del come la teoria bizantina della natura contractus abbia presieduto - per così dire - alla costruzione della figura del deposito irregolare. Giova lumeggiare brevemente sotto questo punto di vista gli ultimi risultati della dottrina in proposito.

[1]) Sono soltanto le usure ex pacto quelle che ripugnano al concetto di deposito, in quanto presuppongono il permesso di usare, colla restituzione del tantundem. Fuori questo patto, io non trovo col Segrè (p. 217) che Pap. non potesse ravvisare nella specie un deposito vero e proprio: l'essere il deposito aperto *adnumerante; numerabo*) non implica necessariamente la restituzione del tantundem A casi di permesso di restituzione del tantundem ma senza patto d' usure - come pensa Stefano nello sch. 3 alla l. 25 (Hb. 2. 53) concedendo solo le usure ex mora - io non trovo che le fonti accennino, ed è anche naturale. Per i giureconsulti classici si aveva allora un mutuo, e, non esigendosi usure, cessava per il creditore l'interesse principale a voler agire coll'a. depositi.

Il punto di vista classico è rappresentato dai testi in cui è dichiarata espressamente la incompatibilità del permesso di usare, e corrispondente prestazione delle usure, col deposito [1]). L'utilità pratica di dare al rapporto la veste di contratto di buona fede, colla conseguenza di poter esigere le usure in base a semplice patto non ha potuto indurre i classici ad uno strappo così grave quale sarebbe stato per essi il riconoscere al patto l'efficacia di fondere in una due figure contrattuali diverse, o meglio di versare, se così può dirsi, nell'una il contenuto dell'altra. È il caso tipico di un patto di contenuto per sè non illecito ma incompatibile come aggiunto a un determinato negozio: non si può raggiungere lo scopo pratico del mutuo attraverso un deposito alterato nella sua funzione caratteristica.

Per i bizantini il punto di vista è mutato: il rigore dello schematismo classico è per loro poco più che un ricordo: la fusione di più rapporti in uno, l'innesto degli elementi dell'uno sul tronco di un altro è, nel campo del diritto sostanziale, non meno normale di quello che non lo sia per le azioni. Posto che il patto in questione non ha in sè nulla d'illegale, i bizantini lo trattano alla solita stregua, ossia applicando lo schema. Il patto di prestare le usure nel deposito - è questa la caratteristica del deposito irregolare - è un patto pro actore aggiunto ad un giudizio di buona fede: qual'è la sua efficacia sulla natura contractus? Risponde lo schema: la muta se è iniziale, non la muta se ex intervallo. Nè deve fare meraviglia che i bizantini riconoscano senza difficoltà che il patto di restituire il tantundem, e l'esigere le usure sia contro la natura depositi, perchè osservano subito che precisamente il patto trasforma la natura.

Di qui il valore che ha la l. 9 § 9 D. 12. 1. che, mentre presa in se stessa rappresenta il pensiero genuino di Ulpiano, nel sistema giustinianeo rispecchia l'indirizzo nuovo. S'era fatto un deposito e in seguito dato il permesso di usare: Ulpiano dichiara che il deposito

[1]) D. (12. 1) 9 § 9; (16. 3) 1 § 34; cfr. (17. 1) 34 pr.; (45. 2) 24 § 2; (13. 7) 6 § 1; Coll. 10. 7. 9, di cui la l. 29 § 1 D. 16. 3 non è che una manipolazione, come il Longo ha dimostrato all'evidenza. Così nella l. 7 § 2 D. 16. 3 il *vel postea* prova, come osserva sempre il L., che se le usure si fossero pattuite ab initio, la inammissibilità del deposito è più che certa. Nei c. di deposito conservati nei papiri è notevole l'assenza di patti d'usure: in uno - finora il più antico - del 59 p. C. (*P. Hamb.* I, n. 2) è fissato un termine alla restituzione, e le usure *ex mora*, e un ἐπίτιμον di 1/5 del capitale: e si dichiara trattarsi di παραθήκη.

si trasforma in mutuo: al caso di un permesso iniziale egli non pensa, nè gli poteva sorgere ombra di dubbio: se qui il deposito si cambia in mutuo, là si ha un mutuo ab initio, e di deposito non c'è da parlare. Invece l'accenno dell'essere il patto avvenuto «in seguito» assorge per i bizantini a importanza fondamentale: a ragione - essi pensano - Ulpiano afferma che quel patto non lascia sussistere il deposito e lo trasforma in mutuo, perchè fu un patto ex intervallo: il deposito era costituito ab initio «secundum suam naturam» e l'azione era nata col suo contenuto normale: il patto posteriore, che sarebbe di quelli «quae augent contractum» non la può più intaccare. I due punti di vista appaiono quindi, a chi ben guardi, diametralmente opposti: ad Ulpiano infatti l'ammissibilità di un simile deposito sembrerebbe meno assurda nell'ipotesi di un patto posteriore, come che di questo si possa pensare che lasci sussistere la figura contrattuale sorta ab initio come vero deposito: per i bizantini al contrario il contratto può rimanere un deposito solo se quell'alterazione fu convenuta tra le parti all'atto stesso in cui il contratto si è formato: se dopo, il contenuto della figura contrattuale si è fissato in modo inalterabile e il nuovo patto non vi può aggiungere nulla, bensì fa che si cada nell'orbita di un altro istituto. Non si potrebbe desiderare un esempio migliore di applicazione della formola che «pacta initio facta naturam dant contractibus». Qui si rivela di nuovo l'importanza del testo, già altrove menzionato ove STEFANO, commentando la l. 9 § 9 D. *cit.* riferisce le parole di AMBLICO (Hb. 2. 601 *sch.* 25): il permesso di usare (χρῆσαι) ha cambiato il deposito in mutuo [1]), col conseguente passaggio della proprietà, del possesso, del periculum al debitore, e all'a. depositi subentra la condictio: tutto perchè quel permesso fu dato quando il rapporto fu già costituito nella sua forma normale (secundum naturam) e l'azione non è più suscettibile d'aumento nel suo contenuto: che se invece il permesso era iniziale, il deposito restava, colla sua nuova natura: davvero «ὦ πόσα δύναται τῶν συναλλαγμάτων ἡ φύσις»!

Il secondo testo in cui si trova la natura contractus è la l. 5 § 4 D. 19. 5 (PAULUS *l.* 5° *quaestionum*): testo che ha dei precedenti molto

[1]) Cfr. Hb. 2. 121 (sch. ad l. 34 pr. D. 17. 1) ove è detto essere pacifico κατὰ πάντας τοὺς νομικούς che si ha un mutuo quando, dopo aver dato in deposito una somma, si permette di usarne.

gravi dal punto di vista interpolazionistico, essendo, in blocco, tutto sospetto, [1]) come sospetto è tutto il titolo «de praescr. verbis et in factum actionibus» in cui si trova.

È peccato che del titolo corrispondente dei Basilici (20. 4) non ci siano conservati gli scolii: essi sarebbero assai verosimilmente un materiale prezioso per la dimostrazione del lavorio col quale i giustinianei hanno racimolato e raffazzonato i testi classici per costruire quella teoria dei contratti reali [2]) innominati che è opera loro: e anche per il dogma della natura contractus sarebbe ben questa una delle sedi più adatte. I testi con cui i compilatori hanno costruito questo titolo sono - come è dato rilevare dalla Palingenesi del LENEL - tratti in buona parte dai commentarii all'una o all'altra figura di contratti di buona fede: compravendita (l. 5: PAUL 5° *quaestionum:* LENEL n. 1322 cfr. 502 [D. (18. 1) 1]; l. 20: ULP. 32° *ad edictum:* L. n. 943; forse anche l. 4: ULP. 30° *ad Sabinum:* L. n. 2747, che però era forse invece in tema di società); locazione (l. 22 GAI. 10° *ad Ed. prov.*: L. n. 244; cfr. l. 23 ALFEN 3° *dig. a* PAULO *epit.:* L. n. 56); mandato (l. 19 ULP. 31° *ad Edictum:* L. n. 915; l. 24 AFRIC. 8°. *quaestionum* L. n. 93); deposito (l. 18 ULP. 30° *ad Edict:* L. n. 890; cfr. [16. 3] 1 § 14); comodato (l 1 PAPIN. 8° *quaestion.* L. n. 151; l. 17 ULP. 28° *ad Edictum:* L. n. 804 e 806). E difatti era nell'esaminare le varie figure e nel determinare, com'era necessario, i requisiti caratteristici e i confini tra le azioni relative, che il giurista veniva naturalmente a parlare di quelle specie per cui i requisiti normali erano così svisati da far dubitare sull'accordare o no l'azione corrispondente, o di cui poteva esser dubbio a quali di due o più figure affini fossero da riferire: il «praescriptis verbis agere» fu com'è noto, la soluzione pratica trovata per quei casi per cui l'uno o l'altro dubbio non poteva avere risposta.

Questo era il punto di vista classico: tradotta nel linguaggio delle scuole bizantine, la questione generale si dovrebbe porre così: fino

[1]) Bene osserva il NABER (in *Mnemosyne* 34 (1906) 61) che la disputa non ha da vertere sul quanto vi sia di interpolato, ma piuttosto se ci sia rimasto qualche cosa di genuino. Il NABER non appunta però la genuinità della *natura.*

[2]) «Reali» non sono chiamati nella compilazione, ma è il concetto che presiede al loro regime: espressamente li colloca al posto dovuto il Brachylogus (3. 3. § 3-4): «re contractus est cum res intercedit ad contrahendam obligationem. Huius species sunt duae: alius enim nominatus est alius innominatus».

a che punto la *natura* del rapporto è alterabile pur restando entro i limiti di quella figura contrattuale determinata, e per conseguenza restando esperibile l'azione che da quel rapporto nasce?

Nel caso, sopra ricordato, del deposito irregolare, il dubbio sorgeva tra due contratti nominati, il deposito e il mutuo, e mentre i classici distinguevano obbiettivamente l'un caso dall'altro, i bizantini hanno ammesso che il permesso iniziale d'usare, pure esorbitando dai confini normali del deposito, e alterandone la natura, lascia che il rapporto rimanga un deposito, e che rimanga - conseguenza pratica a cui si voleva arrivare - la corrispondente azione di buona fede. Nel caso della l. 5 § 4 D. 19. 5 il dubbio sarebbe tra il mandato e una delle figure di contratto innominato, quella « facio ut facias ». Paolo, che nella prima parte del libro 5° quaestionum trattava di compravendita [1]), nel testo in esame studiava il caso della convenzione di manomettere rispettivamente uno schiavo, e solo i compilatori, come ritiene il GRADENWITZ [2]), ne hanno approfittato per dare la teoria generale dei contratti innominati nei quattro tipi, do ut des (§ 1), do ut facias (§ 2), facio ut des (§ 3) e facio ut facias (§ 4). Se il § 4, nella parte che qui interessa, si è salvato dalla demolizione del GRADENWITZ è forse unicamente perchè egli, preoccupandosi solo del problema del « praescr. verbis agere », non insiste se non sui punti che fanno al suo scopo: ma davvero il § 4 presenta più d'una traccia di tribonianismi, e segnatamente l'inciso *potest - excedere* non credo si possa difendere.

Ecco il testo:

> ... § 4. Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, [vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem] mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen

[1]) Cfr. LENEL, *Paling.* ad h. l.; v. (2. 14) 43; (18. 4) 6; (18. 5) 7; (18. 7) 9; (40. 8) 9; (19. 1) 43; (19. 1) 45; (21. 2) 70; (21. 1) 57.

[2]) *Interpolationen*, p. 131. Si discorda sulla misura dell'itp. (cfr. LENEL, *Paling.*, PAUL. n. 1322; GIRARD, *Manuale*, p. 601, n. 1), ma nessuno dubita che il testo non sia largamente corrotto. Cfr. NABER, l. cit., p. 61: che sia itp. la « natura » opina, incidentalmente, il SEGRÈ in *BIDR.* 19. 209.

mutuum officium praestamus *et potest mandatum e pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem)*: et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit [1]), ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. [Sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni].

Non serve insistere sull'interpolazione dell'inciso finale «sed tutius» ecc. [2]) rivelata da espressioni caratteristiche [tutius erit; in superioribus casibus; in debitoribus exigendis [3]]: io lo ritengo informato al solito concetto della natura, solo di fronte al quale si capisce come l'a. praescr. v. è qui simile all'a. mandati come nelle precedenti ipotesi era simile all'a. locati o all'ex empto. [4]) Mi fermo alla prima parte, in cui sono parallelamente esaminate due ipotesi che si pongono entrambe come esempio del «facio ut facio»; e sono:

α) ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae;
β) ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem.

Io avanzo qui anzitutto l'ipotesi che Paolo - posto che il testo non sia tutto quanto fattura dei compilatori, i quali gli avrebbero impresso un carattere più omogeneo - facesse soltanto la prima delle due ipotesi. Osservo - senza pretendere a una dimostrazione apodittica - la manifesta asimmetria della prima parte del periodo: l'«et

[1]) MOMMSEN supplisce: quod se aedificaturum recepit, alter non fecit, item aedificare cogetur qui non fecit: l'ediz. italiana accenna in nota l'emendazione proposta da FERRINI, di *fecit* in *aedificavit*, aggiungendo che del resto ci dev'essere una lacuna.

[2]) GRADENWITZ, p. 131.

[3]) Della forma *debitorem exigere*, da cui deriva il gerundivo, trovo nel Digesto un sol caso (ULP. D. [34. 3] 15), che mi è sospetto, di fronte ai numerosi (15, di cui 5 di Ulpiano) del normale *exigere a debitore*.

[4]) Cfr. specialmente Hb. 2. 117 sch. 16: πᾶσα γὰρ ἀγωγὴ ἐξ ἀτονίας ἀγωγῆς κινουμένη τὴν φύσιν ἀναδέχεται τῆς ἀγωγῆς ἧς τῇ ἀτονίᾳ κινεῖται (omnis enim actio quae alia actione deficiente movetur, *naturam recipit actionis* eius qua deficiente movetur).

ego aedificavi et tu cessas » non ha corrispondente nella prima ipotesi, il che è tanto più notevole in quanto tutto il problema dei contratti innominati verte appunto, com'è noto, sulle conseguenze dell'inadempienza unilaterale. Di più, le considerazioni di Paolo, che vertono sul primo caso, sono fatte precedere da un « in priorem speciem », dove l'accusativo è strano. La lacuna del testo non permette di vedere come si passasse al secondo caso, ma il fatto è che le parole di Paolo si convengono tutte molto meglio al primo, mentre è sul secondo che si è imperniata la teoria del « facio ut facias » che i compilatori vogliono illustrare e nell'inciso finale, che è opera loro, questo piglia il primo posto. L'interpolazione si estenderebbe quindi, a mio avviso, da *vel ut tu* ecc. a *in priorem speciem.*

Quanto alla prima ipotesi - che difficilmente, io credo, si potrà ritenere interpolata di sana pianta - Paolo vi ravvisa un mandato: « mandatum quodammodo intercessisse videtur », e decide in conseguenza per l'esperibilità dell'a. mandati. Egli osserva anzitutto che l'incarico ad altri di riscuotere da un proprio debitore implica per necessità un mandato (sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest), il che non risolve ma semplicemente pone la questione la quale consiste appunto nel vedere se sia o no ammissibile un mandato di questo genere. Il dubbio è poi risolto affermativamente col dire che « quamvis et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus »: la caratteristica propria del mandato, di rappresentare un officium, un servizio che si rende gratuitamente, non è lesa dal fatto che l'incarico dato sia tale che importi delle spese per eseguirlo. Nel caso di due mandati reciproci - che è l'unico di cui il testo si occupa - l'ipotesi più semplice, da questo punto di vista, è che le spese siano da ambo le parti uguali: e a me pare verosimile che Paolo, ripigliando subito dopo « praestamus », con « etsi eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est », voleva appunto accennare a quest'ipotesi più semplice per poi nel seguito - ora corrotto irrimediabilmente - parlare dell'obbligo di rifusione nel caso di spese aventi un importo diverso. Il testo invece insiste genericamente sulla ammissibilità del mandato in quest'ipotesi coll'inciso « et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere », e la relativa esemplificazione: un inciso per lo meno inutile, che turba il filo del ragionamento, e rappresenta una di quelle osservazioni di carattere gene-

rale, non richieste dal caso concreto, con cui i bizantini approfittano di un caso speciale per formulare tutta una teoria. Qui essi hanno trovato la sede opportuna per osservare che le norme, di diritto positivo, costituenti il regime giuridico del mandato sono - in parte almeno - derogabili per virtù dell'accordo delle parti; e questo è per loro un excedere naturam mandati: il caso si prestava egregiamente a introdurre la formola prediletta [1]). Si osservino i due esempi addotti, anch'essi, io ritengo, ugualmente compilatorii: l'uno è il patto che il mandatario « custodiam praestet »: uno dei casi più tipici, come s'è visto, di patti pro actore che, trattandosi di un b. f. iudicium, muta, se iniziale, la natura contractus, e trasforma l'azione [2]): l'altro - la clausola « non plus impendas in exigendo quam decem » - mentre sembra collegarsi formalmente alla fattispecie di Paolo, è forse l'indice più chiaro dell'interpolazione perchè la semplice lettura fa risaltare la sconcordanza con ciò che immediatamente segue e precede, che è tutto imperniato sul regime di due mandati reciproci, con conseguenti spese *hinc inde*, in rapporto colla gratuità del mandato, non con una ipotetica predeterminazione unilaterale del maximum delle spese [3]).

8. La formola generale « natura contractus », anzi uno spunto di tutta la teoria relativa, si trova in un ultimo testo, la l. 7 § 5-6 D. 2. 14 di Ulpiano (4° *ad Ed*): l'unico in cui sia svolta un po' ampiamente quella dottrina generale dei patti che s'è veduta costituire uno dei luoghi comuni dei maestri bizantini Il testo si può ben dire sospetto da cima a fondo: dal Perozzi [4]) e dal Longo [5]) vi sono già state

[1]) Il testo, quale è riprodotto nei Basilici (Hb. 2. 380) non offre speciale interesse se non in quanto vi è conservato l'accenno alla natura (δυνατὸν γὰρ τὴν φύσιν τῆς ἐντολῆς ἀπὸ συμφώνου παρεξιέναι) e, semplificato il testo dal groviglio cagionatovi dalle interpolazioni, si limita a dichiarare che in quelle due specie di « facio ut facias » compete l'a. praescriptis verbis, che è simile, qui, all'a. mandati. - Si cfr. invece, p. es., Celso D. (17. 1.) 48 § 1, classico nel concetto e nell'espressione.

[2]) Cfr. Ulp. D. (16). 3) 1 § 12 e il dubbio di Pomponio ivi riferito.

[3]) La quale piuttosto interesserebbe per il problema dell'eccesso di mandato, e la nota controversia relativa, recentemente studiata dal Pampaloni in *BIDR.*, 20, 210 sg.

[4]) In *Studi per Schupfer* (1898), vol. I, *D. romano*, p. 177: § 6 (ceterisque b. f. iudiciis).

[5]) In *St. per Moriani*, I, 195: § 5 (quod et in omnibus b. f. iudiciis erit dicendum).

rilevate alcune interpolazioni dovute alla solita tendenza generalizzatrice dei compilatori giustinianei: e la prova fu raggiunta mediante il confronto con un passo di Papiniano (D. 18. 1. 72) a cui qui Ulpiano manifestamente si ispira. Già su questa base il PERNICE [1]) dubitava in complesso della genuinità del § 6 e, credo, completamente a ragione.

Ulpiano commenta qui la massima « pacta conventa inesse b. f. judiciis », ponendola in rapporto colla distinzione fondamentale dei patti ex continenti e ex intervallo, ed ha chiarito, nella parte che precede, questa seconda ipotesi coi due esempi - divenuti, come s'è visto, tradizionali nei commenti bizantini - del patto di immediata restituzione della dote, per il quale si richiama l'autorità di Marcello, e di quello della prestazione di usure maggiori delle legali nell'a. tutelae. Il caso del patto ex intervallo post emptionem rappresenta un terzo esempio parallelo, e per esso Ulpiano si richiama espressamente a Papiniano. E poichè il testo di Papiniano ci è conservato, giova anzitutto porli entrambi a riscontro.

PAPINIANUS l. 10 *Quaest.* (D. 18. 1. 72 pr.) Pacta conventa quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici posset aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia consistit ex pretio.

PAULUS *notat*: si omnibus integris manentibus de augendo

ULPIANUS l. 4° *ad Ed.* (D. 2. 14 § 5-6 ...ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid *extra naturam contractus* conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. *Quod et in omnibus b. f. iudiciis erit dicendum.* Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones. § 6. Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione *ceterisque bonae fidei*

[1]) *ZSSt.*, 9 (1888) 212, n. 1.

vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.

iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. Si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. Nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. Quod non insuptiliter dici potest.

Il confronto fra i due testi assume, a mio credere, maggiore importanza se si considera che il carattere generale che ha il passo di Ulpiano nel Digesto è frutto di interpolazioni. Papiniano, occupandosi della compravendita, tratta dell'efficacia dei patti aggiunti « ex intervallo » e fa la distinzione tra i pacta che detrahunt e quelli che adiiciunt emptioni: i primi insunt al contratto, i secondi no Egli ha presente la nota massima « pacta conventa inesse b. f. iudiciis », e la base della distinzione da lui posta è evidentemente la solita: il patto posteriore non può avere che l'efficacia negativa dell'exceptio. Gli esempi addotti sono i due che si son visti così largamente sfruttati dai bizantini, il patto ne cautio duplae praestetur e quello ut cum fideiussore cautio duplae praestetur: questo secondo, in quanto adicit aliquid contractui, non dà azione al compratore: egli può però valersene come eccezione se convenuto coll'actio ex vendito. Che, obbiettivamente considerati, patti simili siano compatibili colla compravendita, è fuori di contestazione, poichè non si tratta che di alterare elementi accidentali, « adminicula emptionis », come li chiama il giureconsulto con espressione caratteristica [1]). Donde nasce ora il dubbio,

[1]) L'espressione, non comune nelle fonti letterarie e usata qualche volta da GIUSTINIANO (C. [4. 18] 2 § 1; [5. 59] 5 pr.; [7. 40] 3 § 2) non mi pare però sospetta: la usa PAPINIANO un'altra volta (D. [26. 7] 39 § 9); tre volte ULPIANO; (7. 6) 1 § 1; (5. 3) 7 § 2; (41. 2) 13 § 1; una MARCIANO, citato in C. (9. 38) 2 § 1; nel Codice la trovo altre 7 volte: (2. 38) 1 SEVER. et ANTONIN.; (4. 15) 1 GORDIAN.; (4. 20) 4 CARUS CARIN. et NUMERIAN.; (12. 57 [58] 2 § 1 CONSTANTIUS et CONSTANS; (7. 67) 2 § 1 IULIAN.; (7. 42) 1 THEOD. et VALENTINIAN.; (5. 27) 7 § 3 IUSTINUS.

a cui Papiniano accenna, se gli stessi principii possano applicarsi a un patto con cui si sia alterato, in più o in meno, il prezzo? « Quoniam emptionis substantia consistit ex pretio »: qui non si tratta più di elementi accidentali e di importanza secondaria bensì di un elemento sostanziale: alterare il prezzo vuol dire mutare il contratto nella sua essenza.

I compilatori fanno seguire al dubbio così formulato la nota di Paolo: non si può quindi argomentare che cosa pensasse Papiniano, il quale forse si diffondeva a esaminare il problema, forse anche richiamava opinioni diverse, che i compilatori potrebbero aver soppresso per arrivar subito alla conclusione [1]). E sembra ad ogni modo che Paolo, apponendo la sua nota, manifesti un'opinione divergente da quella del testo, o per lo meno si ponga da un punto di vista diverso: mentre Papiniano riconosceva fondato il dubbio (*non immerito* quaesitum est), Paolo riconosce che il patto è valido, ma non sulla solita base dei criterii di efficacia dei patti aggiunti, bensì in quanto rappresenta lo scioglimento, per mutuo dissenso, della prima vendita e la contemporanea formazione di un contratto nuovo. Che il punto di vista sia diverso, mi par chiaro: Paolo considera la convenzione di alterare il prezzo non come un patto « aggiunto » ma come un contratto nuovo che si sostituisce all'antico: è un caso del recesso dalla compravendita per mutuo dissenso, « re nondum secuta » [2]). Ora è sin-

[1]) Nei Basilici il testo, desunto dal Tipucito, (Hb. 2. 267 cfr. 5. suppl. p. 260) riassumendo, trascura completamente il dubbio di Papiniano: alla distinzione tra i patti che insunt e che non insunt segue senz'altro l'accenno allo scioglimento della compravendita per contrario consenso, re nondum secuta. Mancano scolii.

[2]) Era, com'è noto, il modo più pratico per dar valore all'accordo posteriore (Girard, *Manuale*, p. 613). Cfr. D. (2. 14) 27 § 2; 58; (13. 7) 9 § 3; (18. 5) 2; 3; 5. Quest'ultimo testo potrebbe far sorgere sospetto per la *natura* che vi ricorre. Giuliano (15 *Dig.*) fa il caso che il recesso dalla compravendita sia avvenuto nelle forme di un'acceptilatio; (18. 5) 5 pr.:

> Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, ac perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat acceptilatio [accedat: itaque acceptilatio *suppl.* Mo.] non sua natura sed potestate conventionis valet.

L'acceptilatio ha carattere rigidamente formale, ed è il modo di estinguere le obbligazioni verbali (Gai. 3. 170; Inst. 3. 29 § 1): poteva quindi dubitarsi che qui, trattandosi di un'acceptilatio inutilis, non si sia fatto nulla. Giuliano osserva che coll'acc. le parti hanno manifestato l'intenzione di discedere a contractu, e ciò

golare come nel testo di Ulpiano il processo logico vada precisamente a ritroso: si parte dalla riconosciuta ammissibilità del recesso dalla compravendita per inferirne, con una specie di ragionamento a maiore ad minus, la possibilità di alterazioni parziali mediante patto ex intervallo [1]). Questa singolare inversione era fatta già da Ulpiano, ovvero è opera dei compilatori? Non credo ci siano elementi sicuri per decidere la questione esegeticamente: è a lamentare che non si possa confrontare il testo di Papiniano con quello di Pomponio, a cui pure Ulpiano allude, giacchè, com'è noto, il commento di Pomponio all'editto ci è conservato nel Digesto solo in citazioni di seconda mano. Mi pare però che dal punto di vista classico il recesso e la contemporanea formazione, di un nuovo contratto era uno spediente per raggiungere i risultati a cui la teoria dei patti ex intervallo non dava modo di arrivare, non già un caso d'applicazione di questa teoria.

La prima parte del testo di Ulpiano - che più direttamente si ispira al frammento di Papiniano - parla di patti «extra naturam contractus». Di ciò Papiniano non parla [2]): egli - sempre limitatamente agli «adminicula emptionis» - si attiene alla distinzione che

basta: naturalmente, aggiunge, qui l'acc. non vale come tale (sua natura) ma «potestate conventionis». Dal lato sostanziale la stessa decisione è ripetuta in altri testi: PAUL. (3 *Ed.*) D. (2. 14) 27 § 9; ULP. (2 *regul.*) (46. 4) 19 pr. cfr. ID. (48 *Sab.*) (46. 4) 8 pr. «an inutilis stipulatio utile habeat pactum»: dal lato formale non trovo elementi di sufficiente gravità per dubitarne: «natura» qui infatti rappresenta non tanto il contenuto e l'efficacia positiva che la legge riconosce all'acceptilatio - che anzi, da questo punto di vista, e data la soluzione affermativa della questione, i compilatori avrebbero fatto dire a Giuliano che l'acc. assume qui una nuova natura, la natura di una semplice conventio, o giù di lì - quanto piuttosto la struttura intima, e considerata come originaria, di questa solennità.

[1]) Questo è il pensiero appunto dei bizantini: cfr. p. es. Hb. 1. 567. 68; 585 sch. 2; 600 e sgg.; 637 sch. 1; 657. Qui pure si richiama il principio che di due patti consecutivi prevale il secondo, s'intende come fonte d'eccezione: cfr. Hb. 1. 655 sch. 1 a C. (2. 3) 12; spec. *Epit.* 11 ε' (ZACHARIAE, *Ius graeco-romanum*, 2. 346): τὰ μεταγενέστερα πάκτα, ἤτοι σύμφωνα, ἰσχυρότερα τῶν προγενεστέρων εἰσίν.

[2]) Faccio osservare che non è dato supporre che la «natura contractus» di Ulpiano equivalga alla «emptionis substantia» del testo di Papiniano: anche senza ricorrere alla documentazione con cui ho in questo scritto mostrato il valore che ha per i bizantini - e per essi soli - quella prima formola, basta osservare che i due punti di vista sono diversi: Papiniano riconosce senza difficoltà l'efficacia dei patti che sono fuori della «sostanza», mentre nel testo d'Ulpiano l'essere «extra n. c.» è causa di un trattamento più rigoroso.

processualmente importa, tra patti in diminuzione e in aumento, per dedurne la rispettiva efficacia sia per il reo sia per l'attore.

Nel frammento di Ulpiano si considera anzitutto l'elemento cronologico: il criterio che decide dell' efficacia è in prima linea l'essere il patto avvenuto «in ingressu contractus»; allora i patti «insunt» e «legem dant contractui», siano o no «extra n. contractus»: l'efficacia positiva è invece negata ai patti «ex intervallo» quando siano «extra n. contractus». Che cosa significhi questa formola difficilmente si arriverebbe a comprenderlo dal testo preso isolatamente, ma risalta chiaro attraverso la teoria bizantina. Qui troviamo infatti - ed è l' unica volta in tutto il Digesto - posta in bocca ad un giureconsulto classico la distinzione dei bizantini tra i patti che «insunt» e quelli che «non insunt», messa - per così dire - in funzione della «natura». Si noti che già per i classici, almeno nell' ultima fase, il tempo in cui i patti sono conclusi importa per l'applicazione della formola «pacta conventa inesse b. f. iudiciis«, la quale voleva dire, per i classici, che trattandosi di un b. f. iudicium il iudex, per la stessa concezione generale della formola (quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona), è autorizzato a tener conto delle pattuizioni intervenute tra le parti, indipendentemente da un espresso invito fatto dal pretore nella formola stessa, e sia che il patto giovi al convenuto oppure all' attore.

Dai bizantini la massima medesima è intesa con valore più sostanziale: i patti iniziali entrano a formare la struttura del rapporto giuridico, alla pari cogli elementi stabiliti dalla legge: la volontà delle parti dà norma al contratto in concorso colla volontà della legge; è - si potrebbe dire - la lex privata parallela e concorrente colla lex publica [1]). In questo senso vanno intese quelle formole generali - tutte, si noti, già sospette - in cui è affermato che il patto iniziale «legem dat contractui» [2]).

Il patto ex intervallo, che ha, cronologicamente, un'esistenza au-

[1]) Cfr. Hb. l. 38 sch. 2 ANON., parlando del patto di dare un fideiussor duplae nomine: ...οὐκ ἔστι κόντρα λέγεμ. τὸ σύμφωνον· ἐξ ἰδικοῦ γὰρ νόμου κυροῦται [non est contra legem (la legge positiva che fissa i *naturalia* del contratto), nam *lege speciali* (la espressa volontà delle parti) confirmatur].

[2]) D. (50. 17) 23:... hoc servabitur quod initio convenit (legem enim contractus dedit); (16. 3) 1 § 6: contractus enim legem ex conventione accipiunt; ibid. 24: si ab initio... convenit, lex contractus servabitur.

tonoma, non può per questo partecipare della completa tutela giuridica che ha il rapporto contrattuale a cui si riferisce, e non ha che la difesa negativa dell'exceptio: di qui, e quindi solo in via indiretta, l'importanza classica della distinzione tra patti pro reo e pro actore. Trasportata, anche qui, dai bizantini la questione sotto il punto di vista sostanziale, si introduce la distinzione tra patti « quae insunt » – quelli che diminuiscono il contratto, e così non gli aggiungono nessun elemento nuovo [1]), e patti « quae sunt extra n. contractus » – che cioè aggiungono qualche elemento nuovo al contenuto normale. Solo così può essere spiegata la struttura logica del frammento, riferito ad Ulpiano, in esame, che, dopo aver dichiarato che i patti ex intervallo extra naturam contractus cadono sotto la regola generale dell'inefficacia positiva (ne ex pacto nascatur actio), ammette in seguito che i patti, pure ex intervallo, ma che « ex eodem sunt contractu », « insunt », e quindi « etiam ex parte agentis locum habent ». È, come si vede, il principio elaborato dai commentatori bizantini più autorevoli (cfr. specialmente la Protheoria di Stefano, più volte citata) per cui nei b. f. iudicia il patto anche ex intervallo « mutat naturam » e « transformat actionem » se è di quelli che « detrahunt contractui » (μειωτικά τοῦ συναλλάγματος) o che ripristina semplicemente i « naturalia » del contratto eliminando un patto anteriore. Trovando nel commento di Ulpiano all'editto *de pactis* un passo in cui forse già il giureconsulto si occupava della questione da un punto di vista un po' più generale che non fossero le solite applicazioni concrete, non parve vero ai compilatori di inserirvi almeno un abbozzo della loro teoria, alterando a quest'uopo il testo classico in una misura che non è esattamente determinabile appunto perchè si tratta, a mio avviso, di un rimaneggiamento generale: certo la menzione esplicita della « natura contractus » va ritenuta l'indice più sicuro di corruzione.

9. — Esaurita l'analisi, in cui mi feci lo scrupolo di essere chiaro e possibilmente completo, a costo anche di riuscire forse in qualche punto prolisso, giova dare uno sguardo ai risultati. Io credo d'aver dimostrato che negli scarsi testi in cui compare la formola della *na-*

[1]) In questo senso va inteso l'« exceptiones postea factae » del § 6, che a torto lezioni meno attendibili emendano in « pactiones ».

tura contractus, essa è interpolata: riceve così una riprova la teoria del LONGO sulla derivazione bizantina della *natura actionis*.

Il risultato esegetico non è però l'unico, e neppure - a mio avviso - il principale: dopo tutto si trattava di testi già sospetti e nei quali, se non proprio la formola in parola, altri spunti avevano già radicato la persuasione di una larga manipolazione giustinianea.

E di più, dal punto di vista puramente terminologico, giova riconoscere che nella n. contractus è forse meno evidente che nella n. actionis il tipo bizantino. L'azione è creazione del diritto positivo, e di una n. actionis non si può parlare se non attribuendole quel valore che è proprio dei testi bizantini: di fronte al contractus in genere, e più ai singoli tipi contrattuali, i giureconsulti classici potrebbero anche aver modo di parlare di natura in senso normale: il concetto della naturalis ratio ve li potrebbe per avventura condurre. Ma ciò che è prettamente bizantino è il significato tecnico e l'importanza speciale che è data alla n. contractus come criterio dogmatico: e appunto nei tre testi ultimamente esaminati il valore dell'espressione, più che non l'espressione presa in se stessa, attesta l'intervento dei compilatori.

Io credo si debba insistere sull'importanza che la formola della n. c. ha nella teoria contrattuale, in quanto essa è l'indice, non certo esclusivo, ma forse più caratteristico, dell'evoluzione profonda che quella ha subito nel passaggio dall'ambiente classico al giustinianeo. Già negli studi sulla n. actionis il LONGO ha lumeggiato questa formola come un sintomo dello spostamento del punto di vista dal lato formale al sostanziale: la natura dell'azione, ossia la sua legittimazione e il suo contenuto sostanziale, si modella sul rapporto giuridico a cui tutela è concessa, rompendosi sempre più lo schematismo classico dei singoli *iudicia* per accostarsi molto da vicino a quella figura generale dell'« azione » mezzo giuridico unico e di per se stesso amorfo che assume forza e contenuto a seconda del contenuto che la volontà delle parti ha dato al negozio giuridico in base al quale la si promuove: la volontà delle parti agisce così, attraverso la natura del negozio, sulla natura dell'azione.

Di questo triplice spostamento, dal formale al sostanziale, dallo specifico al generico, dall'oggettivo al soggettivo, la formola della *natura contractus* è un indice anche più evidente e di più larga por-

tata: sotto quei tre aspetti essa ha servito alle scuole bizantine per neutralizzare, senza distruggerlo, il rigore del regime classico. Infatti, restano sempre in piedi i singoli tipi contrattuali: nonostante la crescente considerazione dell'elemento volitivo, i bizantini non sono arrivati al concetto che ogni accordo lecito tra le parti genera un'obbligazione civilmente perfetta; è noto quanto doveva ancora tardare ad affermarsi la figura generale del contratto=accordo tra le parti. Ma lo schema è, se non infranto, screpolato ed indebolito: si riconosce sempre che ogni contratto ha una figura propria ed autonoma, ma per passar subito ad osservare che i contraenti la possono alterare, in più od in meno, senza che per questo il contratto perda la sua consistenza, il suo nome e - quindi - la sua azione. Ogni contratto ha dalla legge un contenuto tipico, che forma la sua natura normale, ma la legge stessa ammette che questa natura si allarghi, si restringa, si trasformi, prendendo norma dalla volontà delle parti; e lo ammette con larghezza tale da giustificare espressioni generali sul tipo di quelle ricordate, che cioè i patti sogliono mutare la natura contractus, che la n. c. discende dal patto. Se anche i classici sono arrivati a riconoscere che l'accordo delle parti è elemento comune e indispensabile ad ogni contratto, solo nelle scuole bizantine l'elemento soggettivo ha assunto, si può dire, il primo posto, e si dichiara enfaticamente che la volontà è la madre dei contratti:

Hb. 2. 71 (Bas. 14. 1. 5 = 5 § 2 D. 17. 1) *sch.* 2 ἐντεῦθεν:

...τὰ γὰρ συναλλάγματα ἐκ τῶν διαθέσεων, ὡς ἐμάθομεν, κανονίζονται· καὶ ἄνευ διαθέσεως οὐκ ἔστιν δυνατόν συνίστασθαι συνάλλαγμα· μήτηρ γάρ ἐστιν τῶν συναλλαγμάτων ἡ διάθεσις.

[nam contractus ex voluntate, ut didicimus, definiuntur; et sine voluntate non est possible constitui contractum: mater est enim contractuum voluntas].

Del rigore con cui si individuano nel regime classico le singole figure contrattuali resta poco più che il nome: resta - unico avanzo veramente sostanziale - che l'accordo delle parti non ha il pieno riconoscimento giuridico se non inquadrandosi in uno dei tipi contrattuali riconosciuti; ma, in pratica, all'uno o all'altro, la comoda teoria della natura che si trasforma a piacere dà sempre modo di ricondurlo, anche a prescindere dall'a. praescriptis verbis per la gran ca-

tegoria dei contratti innominati, o dalla condictio generalis. Così, se rimane anche nel processo giustinianeo, - come anche a me, col BRUGI[1]) sembra incontrovertibile sulla base delle attestazioni bizantine - la necessità che l'attore indichi nel libello il nome dell'azione, le due teorie parallele della n. actionis e della n. contractus dànno a questa necessità una portata incomparabilmente minore di quella che essa aveva nel diritto classico: l'attore ha da scegliere tra le varie azioni quella che meglio conviene al suo caso, ma anche se le parti hanno voluto dare al negozio un contenuto o una funzione tale da svisarne la figura tipica, esse non hanno più da dubitare che l'azione non raggiunga ugualmente lo scopo, avendo essa assunto precisamente quel contenuto che corrisponde a questa nuova natura.

Dal punto di vista del sistema contrattuale classico, in conclusione, la dottrina della natura fu senza dubbio un elemento di disgregazione, ma io credo che, dal punto di vista pratico, essa rappresenti un tentativo non infelice con cui adattare lo schematismo rigoroso del diritto classico alle esigenze di un ambiente giuridico nuovo e, per tanti aspetti, assai vicino al moderno. La teoria della n. contractus, come della n. actionis, sebbene già largamente diffusa nelle scuole al tempo di Giustiniano, non ha lasciato nella compilazione se non tracce scarse e indirette: per questo, e forse anche per il suo tipo schiettamente bizantino, essa non ha influenzato l'elaborazione del diritto romano nella dottrina occidentale: altri concetti ed altre tendenze hanno in essa portato la teoria contrattuale romana a quella completa disgregazione che si è raggiunta nel diritto comune ed odierno.

Novembre 1910.

GIOVANNI ROTONDI.

[1]) BRUGI, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustinianeo*, nel *Volume pel 50° anno d'insegnamento di F. Pepere*, Napoli 1900, p. 16 seg., e specialmente in *Studi per M. Amari* (1910), v. 2, 284 sg.; cfr. *Atti della R. Accademia di Padova*, 26 (1910), p. 123 sg. Dal rapporto tra l'azione e il libello promette occuparsi largamente il COLLINET in un suo volume di prossima pubblicazione: cfr. la breve nota *La n. actionis dans l'œuvre de Justinien* (Lilla 1909).

LE AZIONI DEL PUPILLO E CONTRO IL PUPILLO

PER I NEGOZI CONCLUSI DAL TUTORE

(Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)

(Continuazione, vedi volume XXIII, pag. 119).

CAPO III.

Gli atti illeciti del tutore.

Sommario. — 1. Il tutore è tenuto verso i terzi per gli atti illeciti da lui compiuti. — 2. Il pupillo risponde nella misura dell'arricchimento. — 3. Ovvero se il tutore sia solvibile - La l. 198 D. 50. 17 e il dissenso di Giavoleno - Giustinianea è la regola che in questo caso il pupillo sia obbligato soltanto a cedere le azioni contro il tutore - Interpretazione e critica delle ll. 21 § 1 D. 15. 1, 3 § 1-2 D. 14. 4, 61 D. 26. 7 - (In nota: la capacità ai delitti del pubertati proximus e l'interpolazione delle ll. 43 D. 44. 7 e 25 § 1 D. 9. 2). — 4. La responsabilità del pupillo nei limiti sopra indicati non deriva mai da contratti del tutore. — 5. Forse la l. 10 § 1 D. 4. 7 è interpolata e comunque essa non chiama il pupillo a rispondere di un'obbligazione contrattuale del tutore. — 6. Essendo esclusa la rappresentanza nel contratto di deposito, il che viene confermato dalle ll. 25 pr. D. 16. 3 e 31 § 1 D. 3. 5, il dolus tutoris, pel quale la l. 3 D. 26. 9 dà l'actio depositi contro il pupillo, non può riguardare un deposito accettato dal tutore solo - (In nota: il deposito concluso col pupillo sine tutoris auctoritate; interpolazione delle ll. 1 § 15 D. 16. 3 e 2 D. 46. 1). — 7. Si cerca il significato della l. 4 D. 26. 9. — 8. La prova, che il pupillo non è tenuto per il dolo di cui il tutore si sia reso colpevole in un contratto da lui concluso, è data dalla l. 13 § 7 D. 19. 1 - L'interpolazione finale del frammento si richiama alla concessione giustinianea dell'actio utilis contro il pupillo. — 9. Nel caso della l. 4 § 1 D. 21. 2 il tutore si era limitato ad interporre l'auctoritas - L'actio utilis è genuina od interpolata? — 10. Interpolata è la l. 4 § 23 D. 44. 4 - L'avviso di Ulpiano circa le alienazioni compiute dal tutore non era diverso da quello che enuncia Paolo nella l. 12 § 1 D. 26. 7. — 11. Nella l. 10 § 5 D. 42. 8 il pupillo è tenuto con l'interdictum fraudatorium a restituire l'arricchimento, perchè l'atto fraudolento è stato voluto da lui con l'auctoritas tutoris - Se l'avesse compiuto il tutore, questi solo sarebbe tenuto, come prova la l. 25 § 3 D. 42. 8 - Secondo l'avviso di Labeone, riferito nella l. 6 § 10 D. 42. 8, il pupillo, che ha contrattato da solo col fraudator, è soggetto illimitatamente alla revoca - Rapporto fra questa decisione e la dottrina labeoniana

sulla capacità degli impuberi circa i delitti. — 12. Nella l. 10 § 11 D. 42. 8 la fraus pupilli si è esplicata mediante alienazioni alle quali il tutore ha prestato l'auctoritas - Il passo è, del resto, interpolato - Interpretazione e critica della l. 8 D. 26. 1. — 13. Mora ed interpellatio - L'impubere non può cadere in mora - Interpolazione della l. 24 D. 45. 1 - Se il pupillo risponda della mora verificatasi per colpa del tutore - La l. 78 § 2 D. 31.

1. Ci proponiamo di cercare secondo quali norme il pupillo rispondesse degli atti illeciti del tutore. L'importanza di questa parte del nostro studio è meglio scolpita dicendo che si tratta di stabilire, pel caso della tutela, se e quando la colpa contrattuale del rappresentante obblighi il rappresentato. Certo è che, se la rappresentanza diretta è stata riconosciuta dal diritto giustinianeo, qui specialmente se ne dovranno avvertire le conseguenze.

Un principio generale è enunciato nella l. 3 D. 26. 9.

> Papinianus *l. 20 quaestionum*: « Dolus tutorum puero neque nocere ... debet... »

in cui Papiniano accetta una regola che risale a Cassio, come lascia credere la l. 198 D. 50. 17:

> Iavolenus *l 13 ex Cassio*: « Neque in interdicto neque in ceteris causis[1]) pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est sive non est ».

In conformità di questo principio Paolo nella l. 4 D. 43. 5 decide che l'interdictum de tabulis exhibendis spetta contro il tutore:

> Paulus *l. 69 ad edictum*: « Si sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum: aequum enim est ipsum ex delicto suo teneri, non pupillum »

ed Ulpiano o più probabilmente i compilatori nella l. 1 § 2 D. 2. 3 accordano contro il tutore l'azione penale dell'editto « si quis ius dicenti non obtemperaverit »:

[1]) È verosimile la congettura del Fabro, *Rationalia* ad l. 15 D. 4. 3 che le parole « neque in ceteris causis » siano state aggiunte da Triboniano per generalizzare la decisione emessa da Giavoleno a proposito degli interdetti o forse di un interdetto determinato (arg. « neque in interdicto »), l'interdictum de tabulis exhibendis, di cui si occupa la l. 5 D. 43. 5, estratta dallo stesso libro di Giavoleno. Cfr. Keller, *Pandekten*, II, p. 299, n. 22.

ULPIANUS *l. 1 ad edictum*: « Si procurator tuus vel tutor vel curator [1]) ius dicenti non obtemperavit, ipse punitur, non dominus vel pupillus » [2]).

2. Il principio soffriva peraltro una limitazione, giacchè il pupillo doveva restituire l'arricchimento che gli avesse fruttato il dolo del tutore. Le fonti giustinianee sono concordi [3]) nell'ammettere che il pupillo sia tenuto pel dolo del tutore sino a concorrenza dell'arricchimento.

D'altro avviso è lo Schulz [4]), il quale crede che il principio primieramente affermato da Sabino (l. 3 D. 26. 9):

PAPINIANUS *l 20 quaestionum*: « Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet: quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. Quare merito Sabinus tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit, scilicet si per iniquam distributionem pupilli rationibus

[1]) « Vel curator » è probabilmente un emblema: « dominus vel pupillus » corrisponde infatti a « procurator vel tutor ».

[2]) Cfr. l. 3 § 1 D. 2. 2, relativa all'editto « quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur ».

ULPIANUS *l. 3 ad edictum*: « Si procurator meus postulavit, quaeritur quis eodem iure utatur: et putat Pomponius me solum, utique si hoc ei specialiter mandavi vel ratum habui. Si tamen tutor vel curator furiosi postulaverit vel adulescentis, ipse hoc edicto coercetur. Item adversus procuratorem id observandum est, si in rem suam fuerit datus ».

Che « utique ... habui » non sia genuino prova la chiusa, la quale non eccettua il procuratore generale, bensì soltanto il procurator in rem suam. Anche le parole « vel adulescentis » sono probabilmente insiticie, come appare dalla loro collocazione.

[3]) Non diverge da questa regola neppure Paolo nella l. 24 pr. D. 29. 4:

PAULUS *l. 60 ad edictum*: « Si dolo tutoris omiserit pupillus causam testamenti et legitimam hereditatem possideat, danda est legatorum actio in pupillum, sed eatenus, quatenus ei hereditas adquisita est. Quid enim, si cum alio possideat hereditatem? »

poichè contro il pupillo, che ha rifiutato l'eredità deferitagli ex testamento, concede ai legatari l'azione « eatenus quatenus hereditas ei adquisita est ». La norma per i puberi risulta dalle ll. 13 D. 29. 4 (Gaius l. 17 ad ed. prov.), 1 § 9 D. eod. (Ulp. l. 50 ad ed.), 24 § 1 D. eod. Cfr. tuttavia FABRI, *Iur. Pap.*, 13. 8. 14.

[4]) *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.*, 27, p. 125 sgg.

favit. Quod in depositi quoque actione dicendum est, item hereditatis petitione, si modo, quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur»

sia solo più tardi divenuto il principio dominante. Egli si richiama ad Ulpiano (l. 4 § 23 D. 44. 4):

ULPIANUS *l. 76 ad edictum*: «Illa etiam quaestio ventilata est apud plerosque, an de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat. Et ego puto utilius, etsi per eas personas pupillis favetur, tamen dicendum esse, sive quis emerit a tutore rem pupilli sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere, nec illud esse distinguendum, cautum sit ei an non, solvendo sit an non tutor, dummodo rem administret: unde enim divinat is, qui cum tutore contrahit? Plane si mihi proponas collusisse aliquem cum tutore, factum suum ei nocebit»

e a Giavoleno (l. 198 D. 50. 17 cit.), deducendo da questi passi che gli avversari di Sabino stimassero dover il pupillo rispondere del dolo del tutore, se il regresso contro costui era assicurato.

A me pare che, se pure una questione si agitò, essa abbia avuto un contenuto diverso. I giureconsulti romani avrebbero tutt'al più disputato se si dovesse fare eccezione alla regola, che il pupillo non è tenuto pel dolo del tutore, nel caso che egli potesse essere rimborsato. Ma io non credo che i giureconsulti, i quali ammettevano la responsabilità del pupillo in caso di solvibilità del tutore, volessero negarla per l'ipotesi dell'arricchimento. Le due eccezioni non si escludono a vicenda, e però io riterrei che la discussione, se c'è stata, volgesse sull'ammissibilità o meno della prima eccezione accanto a quella dell'arricchimento pacificamente riconosciuta.

Dell'unanimità di tale consenso potrebbe forse dubitare chi osservi che la l. 3 D. 26. 9 riporta una quaestio papinianea. Ma il periodo «quod autem vulgo dicitur rell.» non è una nota restrittiva ad una regola affermata da altri giureconsulti, sibbene la correzione di un adagio volgare. Il principio esatto è quello enunciato nella proposizione iniziale, per cui il dolo non deve nuocere ma nemmeno giovare al pupillo; e su tale principio l'accordo dei testi è completo.

Comunque, se pure contro l'opinione di Sabino e di Papiniano altri negavano la responsabilità del pupillo arricchitosi, certo il contrasto delle teorie non è quello supposto dallo Schulz.

3. Ampiamente e chiaramente attestato dalle fonti è il principio che il pupillo sia tenuto quando il tutore è solvibile.

Della responsabilità dell' impubere, affermata da Pomponio (*l.* 8 epistularum) nella l. 3 § 1 D. 14. 4:

> ULPIANUS *l. 29 ad edictum*: « Si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore in merce peculiari negotietur, dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto, nec tamen lucrosum esse debere, et ideo hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit: idem et in furioso puto. Quamvis Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit: et sane hactenus tenebitur, ut actionem, quam contra tutorem habeat, praestet »

dallo stesso (l. 29 ad Sabinum) nella l. 1 D. 26. 9:

> POMPONIUS *l. 29 ad Sabinum*: « Ob dolum malum vel culpam tutoris Aristo ait pupillum possessorem condemnandum, sed non puto, quanti actor in litem iuraret: et tamen illud ita est, si rem a tutore pupillus servare possit »

ritenuta da Ulpiano (l. 62 ad edictum) [1]) nella l. 1 § 6 D. 43. 4:

> ULPIANUS *l. 62 ad edictum*: « Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent Sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est: ceterum si iam doli capax sit, contra erit dicendum [2]). Ergo et si tutor dolo fe-

[1]) La Fiorentina ha per errore l. 72: cfr. LENEL, *Edictum*², p. 408, n. 8.

[2]) Il pupillo è doli capax, quando è pubertati proximus. Cfr. l. 13 § 1 D. 4. 3:

> ULPIANUS *l. 11 ad edictum*: « Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est, maxime si locupletior ex hoc factus est »

(« Maxime si rell. » è tribonianeo). Lo stesso Labeone ammetteva che l'impubere fosse tenuto con l'a. furti e con l'a. legis Aquiliae (l. 5 § 2 D. 9. 2 - Ulp. 18 ad ed.):

cerit, in pupillum dabimus actionem, si modo solvendo sit tutor: sed et ipsum tutorem posse conveniri Iulianus scribit »

la quale dà l'a. in factum contro il pupillo, se il tutore solvibile « dolo malo fecit quo minus quis permissu praetoris in possessionem

cfr. PERNICE, *Labeo*, I, p. 217 sgg. Sulla l. 6 § 10 D. 42. 8 vedi più avanti il num. 11. Ma la dottrina generale che il prossimo alla pubertà sia capace di dolo fu difesa da Giuliano (l. 4 § 26 D. 44. 4. - Ulp. 76 ad ed.; cfr. anche l. 23 D. 47. 2 - Ulp. 41 ad Sab.), e già al tempo di Gaio era seguita dai più (Gai. III. 208; cfr. anche l. 111 pr. D. 50. 17 - Gaius 2 ad ed. prov.). La distinzione è accolta altresì nelle ll. 14 D. 4. 3 (Paul. 11 ad ed.), 3 § 2 D. 14 4 (Ulp. 29 ad ed.), 14 D. 29. 5 (Maecianus 11 de publ. iudiciis), (vedi tuttavia 1 § 32-33 D. eod.. Ulp. 50 ad ed.), 15 D. 40. 12 (Paul. 51 ad ed.), 2 § 19 D. 47. 8 (Ulp. 56 ad ed.), 3 § 1 D. 47. 10 (Ulp. 56 ad ed.), 3 § 1 D. 47. 12 (Ulp. 25 ad ed.), 7 C. 9. 47 (Imp. Alexander), § 18 I. 4. 1 ecc. Cfr. su questo svolgimento storico GOLDSCHMIDT, *Archiv f. civ. Praxis*, 39, p. 440 sgg.; PERNICE, op. cit., I, p. 216 sgg; BUHL, *Salvius Iulianus*, p. 163 sgg. Eccezioni determinate dalla natura del delitto contemplano le ll. 22 pr. D. 48. 10 (Paulus l. singul. ad S. C. Libonianum) e 1 § 6 C. 9. 24 = 4 § 1 C. Th. 9. 21 (Imp. Constantinus - a 329).

Un'altra eccezione è probabilmente contenuta nella l. 23 § 2 D 21. 1 (Ulp. l. 1 ad ed. aed. curul.): «... unde Pomponius ait neque impuberem neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse». Pare sia opinione del PERNICE, op. cit., I, p. 219, n. 45 che Pomponio non accogliesse la distinzione giulianea. Ma non è così. Dalla l. 61 D. 26. 7 (Pomponius l. 20 epistul.) risulta che il giureconsulto esonerava da ogni responsabilità, « si quid ex hereditate deminuisset corrupisset perdidisset », soltanto il furioso ed il pupillo *expers culpae*; e quando l'impubere sia immune da colpa è detto esplicitamente nella l. 60 D. 6. 1 (Pomponius l. 29 ad Sabinum): « Quod *infans* vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est ».

Al contrario una reale difficoltà nasce dalla l. 46 D. 44. 7:

> PAULUS *l. 7 ad Plautium*: « Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate, veluti si communem fundum habeo cum his et aliquid in eum impendero vel damnum in eo pupillus dederit: nam iudicio communi dividundo obligabuntur ».

Non se ne preoccupa il BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klass. röm. R.*, p. 127, il quale scrive che nella comunione il pupillo è tenuto pel danno di cui è autore; ma il VANGEROW, *Pand.*, III, p. 37 avverte che pupillus è troppo generico, dovendosi riferire soltanto al pupillus culpae capax.

Io propenderei a credere che « vel damnum... dederit » sia interpolato, per due motivi: uno di forma, « in eo » anzichè « in eum ». e l'altro di sostanza, perchè a causa del danneggiamento non si può dire che « actio ex re venit » ed è ridicolo il pensiero, che verrebbe ad essere enunciato nel passo, che il pupillo può danneggiare il fondo e quindi obbligarsi senza l'auctoritas. Cfr. l. 29 pr. D. 10. 3 (Paul. 2 quaest.), dove è soltanto l'esempio della spesa. (Non mi pare provata l'interpolazione ritenuta dal PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, p. 44 « nam... obligabuntur »).

Poichè Ulpiano, correggendo Labeone in l. 5 § 2 D. 9. 2, richiede anche per l'a. legis Aquiliae che l'impubere sia iniuriae capax, sarebbe strano che suppo-

bonorum sit » [1]), nonchè (l. 29 ad edictum) nella l. 21 § 1 D. 15. 1:

> ULPIANUS *l. 29 ad edictum*: « Si dolo tutoris vel curatoris furiosi vel procuratoris factum sit, an pupillus vel furiosus vel dominus de peculio conveniatur, videndum. Et puto, si solvendo tutor sit, praestare pupillum ex dolo eius, maxime si quid ad eum pervenit, et ita Pomponius libro octavo epistularum scribit. Idem et in curatore et procuratore erit dicendum »

dove si commenta la clausola « si quid dolo malo N.[i] N.[i] factum est, quo minus peculii esset », l'ammissione risale per lo meno ad Aristone, citato da Pomponio (l. 20 epistularum) nella l. 61 D. 26. 7:

> POMPONIUS *l. 20 epistularum*: « Apud Aristonem ita scriptum est: quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere, eius aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debebit ita, si pupillo de hereditate cautum sit: cautum

nesse una confessione del tutore « pupillum vulnerasse » senza determinare l'età del pupillo. Ma l'omissione delle parole « aut pupillum aut adultum », che il Mommsen a buon diritto sente il bisogno di inserire nel testo giustinianeo, rivela l'intervento dei commissarii nella l. 25 § 1 D. 9. 2, la quale originariamente si occupava solo del procuratore.

> ULPIANUS *l. 18 ad edictum*: « Si procurator aut tutor aut curator aut quivis alius confiteatur aut absentem vulnerasse, confessoria in eos utilis actio danda est ».

Da ultimo noterò che non esiste antinomia fra i testi i quali accordano l'exceptio doli solamente contro il pupillo doli capax e quegli altri che l'ammettono in ogni caso. Ricorre qui la distinzione fra exceptio doli generalis e exceptio doli specialis, come chiarisce benissimo il PERNICE, op. cit, II. 1, p. 251, ed è logico che competa contro l'impubere di qualunque età l'eccezione mediante la quale si deve impedire un ingiusto arricchimento.

[1]) Se il tutore abbia impedito di prendere possesso della cosa minacciante rovina, è dato contro di lui l'interdetto « ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret si de ea re ex decreto praetoris cautum fuisset ». Cfr. l. 17 § 1-2 D. 39. 2:

> ULPIANUS *l. 53 ad edictum*: « Quid deinde, si procurator prohibuerit, utrum in ipsum an in dominum dabimus? Sed verius est in ipsum dandam. Sed et in actore municipum tutore ceterisque, qui pro aliis interveniunt, idem erit dicendum ».

L'inosservanza delle prescrizioni dell'editto de damno infecto non frutta invero alcun arricchimento al pupillo: ma perchè non è considerata l'ipotesi che il tutore sia solvibile?

autem esse videtur etiam si tutor erit idoneus, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit. Sed si tutor solvendo non est, videndum erit, utrum calamitas pupilli an detrimentum petitoris esse debeat perindeque haberi debet, ac si res fortuito casu interisset, similiter atque ipse pupillus expers culpae quid ex hereditate deminuisset corrupisset perdidisset. De possessore quoque furioso quaeri potest, si quid ne in rerum natura esset, per furorem eius accidisset. Tu quid putas? Pomponius: puto eum vere dicere. Sed quare cunctatus es, si solvendo non sit tutor, cuius damnum esse debeat? Cum alioquin elegantius dicere poterit actiones dumtaxat, quas haberet cum tutore pupillus, venditori hereditatis praestandas esse, sicuti heres vel bonorum possessor si nihil culpa eius factum sit (veluti si fundo hereditario vi deiectus sit aut servus hereditarius vulneratus ab aliquo sit sine culpa possessoris), nihil plus quam actiones, quas eo nomine habet, praestare debeat. Idem dicendum est et si per curatorem furiosi culpa vel dolo quid amissum fuerit, quemadmodum si quid stipulatus tutor vel curator fuisset aut vendidisset rem hereditariam. Impune autem puto admittendum. quod per furorem alicuius accidit, quo modo si casu aliquo sine facto personae id accidisset ».

Contro questa teoria si vuole che polemizzi [1]) il contemporaneo di Aristone, Giavoleno, nella l. 198 D. 50. 17:

« neque... pupillo nocere oportet dolum tutoris, sive solvendo est sive non est ».

Ma polemizzava davvero nell'opera originale? Con quali argomenti? Non ne sappiamo nulla. Giavoleno avrebbe avuto la fortuna di far giungere sino a noi la sua voce dissonante nel coro degli altri giureconsulti classici, ma avrebbe avuto anche la disgrazia di esprimersi assai male. Il pupillo non deve essere pregiudicato dal dolo del tutore, sia questi solvibile o no. Forse che, adottando la teoria di Aristone, si viene a nuocere al pupillo? Neppure per sogno. Il pupillo « praestat dolum tutoris », ma è risarcito dal tutore solvibile; sicchè il

[1]) Così Schulz, op. cit., p. 126, n. 2.

dolo del tutore non gli nuoce mai, nemmeno secondo la dottrina che Giavoleno avrebbe combattuta.

È dunque incerto se questo giureconsulto abbia professato una opinione contraria a quella di Aristone; ma è certo che, qualunque fosse il suo avviso, egli dovette enunciarlo in termini diversi da quelli che gli attribuisce la l. 198 D. 50. 17. Nella quale a me sembra che i compilatori abbiano inteso di sancire la seguente regola: che il dolo del tutore non nuoce al pupillo in nessun caso, non nel caso di solvibilità del tutore, perchè il pupillo è sicuro di essere pienamente risarcito, non nel caso contrario, perchè non è tenuto.

Lasciamo Giavoleno e passiamo agli altri giureconsulti. Nei frammenti sopra riportati si notano varie interpolazioni. Nella l. 21 § 1 D. 15. 1 deve essere stato inserito dai compilatori l' inciso « maxime si quid ad eum pervenerit ». È dello stesso parere lo Schulz [1]. il quale ritiene che col « maxime si » siano stati combinati insieme due punti di vista che in fondo si escludono reciprocamente: l'opinione di Pomponio « si solvendo tutor sit » e quella dominante « si quid ad pupillum pervenerit ». Come ho già detto, io non credo che tale critica sia esatta, perchè non mi pare affatto assurdo che il pupillo possa essere chiamato a rispondere sia nel caso che abbia tratto profitto dal dolo del tutore sia altresì nel caso che egli abbia assicurato il regresso, mentre invece mi sembrerebbe un po' curioso che si fosse accordata l'azione contro il pupillo quando può farsi rimborsare dal tutore ciò che paga e non quando ha già nelle sue mani ciò che deve restituire.

Ma, pur dissentendo dalle argomentazioni del critico tedesco, io ammetto egualmente l' interpolazione. Infatti, se il pupillo si è arricchito per l'atto doloso del tutore, la sua legittimazione passiva all'azione non può dipendere dalla solvibilità del tutore. Di questa si tien conto perchè assicura il diritto di rivalsa. Ma quale diritto potrebbe mai vantare contro il tutore un pupillo che si è arricchito col dolo di lui ed ha dovuto restituire il mal tolto? In questo senso ha ragione lo Schulz di reputare inconciliabili le due condizioni « si solvendo tutor sit » e « si quid ad pupillum pervenerit », nel senso cioè che non si possono accoppiare insieme, che l'obbligo di resti-

[1]) Op. cit., p. 127.

tuire l'arricchimento non può essere subordinato alla condizione che il tutore sia solvibile [1]).

Aggiungasi che Pomponio nel l. 8 epistularum non pare abbia scritto ciò che gli si fa dire dalla l. 21 § 1 D. 15. 1. La sua opinione è diversamente riferita dallo stesso Ulpiano nella l. 3 § 1 D. 14. 4 cit.:

> « quamvis Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit » [2]).

E poichè non è verosimile che nel medesimo luogo - 29 ad edictum - Ulpiano variasse essenzialmente i termini di una dottrina da lui riassunta, anche per questo motivo conviene credere che la l. 21 § 1 D. 15. 1 sia stata alterata dai compilatori.

Più difficile è stabilire fino a che punto il diritto classico abbia limitato la responsabilità del pupillo all'obbligo di cedere l'azione contro il tutore. Lo Schulz [3]) crede interpolata la cessione delle azioni nella l. 3 § 1 D. 14. 4 e nella l. 61 D. 26. 7 citt. È probabile che per il primo dei due frammenti egli abbia colto nel segno. Ma, poichè l'esegesi è complicata da varie circostanze, giova procedere cautamente e fermare l'attenzione su qualche punto trascurato da quel romanista.

Per un più esatto apprezzamento della l. 3 § 1 D. 14. 4 non sarebbe inutile sapere se Ulpiano accettava o no l'opinione di Pomponio, che il pupillo dovesse rispondere degli atti del tutore solvibile. Chi badi alle ll. 1 § 6 D. 43. 4 [4]) e 21 § 1 D. 15. 1 citt., deve concludere che Ulpiano aderiva all'insegnamento pomponiano. Tanto maggiore è la sorpresa che si prova vedendo nella l. 3 § 1 D. 14. 4 che il giu-

[1]) L'errore dello Schulz è di contrapporre la dottrina di coloro che vogliono tenuto il pupillo nel caso dell'arricchimento a quella di coloro che lo vogliono tenuto nel caso di solvibilità del tutore. Queste due dottrine non sono menomamente antitetiche. La contraddizione nasce quando nella stessa fattispecie Triboniano ammette come possibile, e tale da accrescere la forza e l'evidenza della decisione, il concorso delle due condizioni.

[2]) Cfr. anche l. 1 D. 26. 9 cit. (Pompon. 29 ad Sab.): « ... si rem a tutore pupillus servare possit ».

[3]) Op. cit., p. 126 sgg.

[4]) I commissarii non hanno riportato integralmente il passo ulpianeo. L'*ergo* è claudicante anzi che no. Il furioso ed il pupillo incapace di dolo non sono tenuti, il pupillo capace è tenuto; *ergo* si darà l'azione contro il pupillo, se il tutore è solvibile!

reconsulto ritiene non dover nuocere al pupillo il dolo del tutore a malgrado del contrario avviso di Pomponio:

> « dolum tutoris nocere pupillo non debere puto... quamvis Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit ».

Il quale periodo è in aperto contrasto con la l. 21 § 1 D. 15. 1:

> « puto, si solvendo tutor sit, praestare pupillum ex dolo eius ».

Forse che il *quamvis* è stato da Triboniano sostituito ad altra congiunzione che legava nel testo originale l'esposizione di Ulpiano alla citazione di Pomponio e conferiva al passo un senso diverso? Al dubbio non si può dare una risposta sicura. Ci limitiamo ad osservare che è inverosimile una contraddizione così manifesta a breve distanza nello stesso libro di Ulpiano e che la l. 3 § 1, nel punto che ora ci interessa, offre appiglio alla critica.

Infatti l'ipotesi, da cui muove il giureconsulto, è:

> « si servus pupilli vel furiosi sciente tutore vel curatore negotietur »

la norma espressa da Ulpiano suona:

> « dolum tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto nec tamen lucrosum esse debere »

ma poi la conseguenza viene ristretta al pupillo:

> « et ideo hactenus eum (?) ex dolo tutoris tributoria teneri si quid ad eum pervenerit »

e del furioso si discorre a parte:

> « idem et in furioso puto ».

Tutto ciò non è molto elegante. Certo è più corretto l'andamento della l. 21 § 1 D. 15 1. Il quesito vi è posto complessivamente per tutti:

> « si dolo tutoris vel curatoris furiosi vel procuratoris factum sit, an pupillus vel furiosus vel dominus conveniatur videndum ».

E la soluzione è cercata prima per il tutore:

« puto, si solvendo tutor sit, praestare pupillum ex dolo eius »

forse perchè di esso soltanto si occupava Pomponio:

« et ita Pomponius libro octavo epistularum scribit »

e poi applicata agli altri:

« idem et in curatore et procuratore erit dicendum ».

Se su questi rilievi piuttosto scarsi è lecito fondare una ricostruzione, io proporrei la seguente:

« ... dolum quidem tutoris vel curatoris nocere pupillo vel furioso non debere puto nec tamen lucrosum esse debere. Et ideo Pomponius libro octavo epistularum, si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit. Idem et in furioso puto ».

La cancellazione delle parole « hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit » elimina altresì una deplorevole ridondanza del passo. Tra il « puto hactenus eum ex dolo tutoris tributoria teneri, si quid ad eum pervenerit » e il « sane hactenus tenebitur ut actionem praestet » non c'è assolutamente contraddizione, perchè l'arricchimento può consistere nell'azione contro il tutore; ma non pare opportuno che il giureconsulto, volendo determinare l'estensione della responsabilità del pupillo, prima dica che egli è tenuto sino all'ammontare dell'arricchimento e poi soggiunga che è tenuto a cedere l'azione. Tanto avrebbe potuto insegnare fin dal primo momento.

Queste nostre riflessioni, per cui si allargherebbe il campo dell'interpolazione, non nuocciono alla tesi dello Schulz [1]) che il periodo « et sane hactenus... praestet » sia dei compilatori. La stessa idea era stata già enunciata dal Fabro [2]) ed è probabilissima; ma i motivi addotti non ci sembrano egualmente forti.

[1]) Op. cit., p. 127 sgg.

[2]) *Rationalia* ad l. 15 D. 14. 3. L'aggiunta al § 1 si scoprirebbe di Triboniano anche perchè in fine del paragrafo successivo:

« Sed et si ipsius pupilli dolo factum sit, si eius aetatis sit, ut doli capax sit, efficere ut teneatur, quamvis scientia eius non sufficiat ad negotiatio-

Lo Schulz rileva l' inverosimiglianza che siasi limitata la responsabilità del pupillo alla cessione dell'azione di regresso contro il tutore. Questi era tenuto pel suo dolo direttamente; la mira era di cogliere anche il pupillo, ma davvero non occorreva di fare questo giro per arrivare al tutore. Nel caso della l. 3 § 1 l'argomento non calza del tutto, perchè l'actio tributoria non può dirigersi che contro il padrone dello schiavo commerciante ed è discutibile se potesse competere un'actio doli (la cui natura sussidiaria è risaputa) contro il tutore che « dolo malo fecit quo minus tribueretur » [1]).

L' altro argomento portato dallo Schulz – essere cioè incomprensibile perchè il pupillo sia tenuto alla cessione delle azioni solo nel caso di solvenza del tutore – diventa buono per l'esegesi da noi fatta del brano precedente. Finchè il testo è accolto secondo la redazione giustinianea, la critica dello Schulz appare infondata. La l. 3 § 1

nem. Quid ergo est? Scientia quidem tutoris [et curatoris *Trib.*?] debet facere locum huic actioni: dolus autem quatenus noceat ostendi »

è detto « dolus autem quatenus noceat ostendi »! « Ubinam enim gentium » - esclama il Fabro - « sic Ulpianus unquam locutus est »? Questo secondo emblema, che il Fabro sembra ammettere, non è notato in De Medio, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 13, p. 226. Il Cuiacio, *Ad lib. 14 digest.* (*Opera* 10 p. 430) pensa ad un glossema. Ma io seguirei piuttosto l' opinione del Fabro. Infatti il giureconsulto mira a precisare due punti: che la scientia negotiationis deve essere posseduta dal tutore e non può essere supplita da quella del pupillo, e che relativamente al dolo nella ripartizione dell' attivo, represso dall'a. tributoria, vale un principio diverso. La scientia apre l'adito all'azione (« facit locum actioni »), ma, poichè questa punisce il dolo, si applica la norma sulla capacità del pupillo in ordine ai delitti. E da Giuliano in poi il principio accolto è che il proximus pubertati sia capace di dolo. Corretta è dunque la decisione di Ulpiano che, « si ipsius pupilli dolo factum sit », egli è tenuto, purchè « eius aetatis sit, ut doli capax sit ». Ma è altrettanto chiaro che il giureconsulto mostra quando e sotto quali condizioni il dolo nuoccia e non « quatenus noceat ». Di piu egli lo mostra nello stesso § 2 e non nei paragrafi precedenti, che trattano di altra questione. Non poteva pertanto scrivere: « dolus autem quatenus noceat ostendi ». Probabilmente tutta la frase è tribonianea e con essa il « quidem » dopo « scientia », sebbene si possa anche pensare che Ulpiano di contro alla funzione della scienza nell'a. tributoria definisse espressamente quella del dolo; per lo meno non sono genuine le parole « quatenus noceat ostendi ».

[1]) Se il creditore fosse già munito d'azione contro il tutore, la cessione dell'actio tutelae non gli darebbe alcun vantaggio sugli altri creditori, perchè il privilegio è personale al pupillo e, come decide la l. 42 D. 26. 7 (Papinianus l. 1 definit), « in rem suam ... procurator datus privilegium pupilli non habebit ».

D. 14. 4 respingerebbe la dottrina pomponiana che il pupillo sia tenuto se il tutore è solvibile; e il periodo « sane hactenus... praestet » non potrebbe neanche grammaticalmente essere collegato con la proposizione incidentale « quamvis Pomponius... scripsit », ma dovrebbe riferirsi alla proposizione principale di Ulpiano « ex dolo tutoris tributoria teneri rell », che la responsabilità del pupillo non subordina alla solvenza del tutore. Se invece il periodo sospetto si attacca alla ricostruzione da noi tentata del passo originale, salta agli occhi l'incongruenza censurata dallo Schulz. Allora effettivamente la cessione delle azioni sarebbe dalla l. 3 § 1 ristretta al caso di solvenza del tutore, ed è giusto obbiettare che, limitandosi la responsabilità del pupillo alla cessione delle azioni, quest'obbligo può essere riconosciuto anche quando il tutore è insolvibile.

Tale obbiezione si potrebbe cercare di vincere, supponendo che Ulpiano estendesse all'ipotesi della solvibilità del tutore quella cessione delle azioni che nella l. 61 D. 26. 7 Pomponio ammetteva nel caso di insolvenza. Se non che lo Schulz impugna la genuinità della l. 61 proprio nel punto « cum alioquin rell. » che ci riguarda.

Riassumiamo l'avviso del chiaro romanista. La l. 61 tratta della culpa tutoris nella petitio hereditatis. Il corrispondente di Pomponio, premesso il parere di Aristone, il quale aveva deciso che si dovesse computare nella stima dell'eredità « quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desiit possidere », se al pupillo è assicurato il regresso o dalla cautio salvam fore che comprenda anche l'eredità o dalla solvibilità del tutore, domanda chi debba sopportare il danno dell'insolvenza di costui, il pupillo o il petitor hereditatis, e la stessa questione propone per il furioso. Pomponio risponde che Aristone ha ragione e si meraviglia del dubbio sollevato dallo scrivente, essendo implicita nella soluzione data dal giureconsulto pel caso di solvibilità del tutore la soluzione contraria pel caso opposto, e cioè che il pupillo non è tenuto. Ma il testo non si ferma qui e con un bel salto, dimenticando di aver discorso finora della hereditatis petitio e di avere approvato la decisione di Aristone, ne porge un'altra che si spaccia per più elegante:

> « cum alioquin elegantius dicere poterit actiones dumtaxat.. *venditori hereditatis* praestandas esse rell. ».

La compera dell'eredità esce fuori all'improvviso e non si può nemmeno immaginare che « venditori » per errore dell'amanuense sia stato sostituito a « possessori », perchè, dice lo Schulz, il seguito del frammento tratta della responsabilità dell'erede e del bonorum possessor, ma non del possessore dell'eredità.

Qui mi pare che il critico s'inganni. Il testo ricorda l'heres e il bonorum possessor, ma nella loro qualità di possessori convenuti con la petitio hereditatis: ciò è provato chiaramente dall'esempio:

> « veluti si fundo hereditario vi deiectus sit aut servus hereditarius vulneratus ab aliquo sit *sine culpa possessoris* ».

L'equiparazione è plausibilissima. Si potrebbe considerare il pupillo obbligato alla cessione delle azioni come un possessore dell'eredità per le diminuzioni avvenute senza sua colpa [1]). La variante « petitori hereditatis » [2]), « vindicanti hereditatem » [3]) o altra simile potrebbe dunque essere accettata.

Ciò che è ridicolo è che si pensi alla cessione delle azioni allorchè il tutore è insolvente. Non già che io voglia far dipendere l'obbligo della cessione dalla solvibilità del tutore. Se tale fosse la conseguenza della responsabilità del pupillo, essa dovrebbe verificarsi in qualunque evento. L'ironia sorge dal contrasto che lo Schulz immagina tra il parere di Aristone e la decisione che egli attribuisce ai compilatori. Quegli direbbe al creditore: se il tutore è solvibile, risponderà il pupillo. Triboniano aggiungerebbe: se il tutore non è solvibile, e ciò naturalmente proverà il pupillo per sottrarsi alla sua responsabilità, dovrà cederti le azioni contro il tutore, cioè un mezzo che si è dimostrato inutile. Di questi tiri non ne deve aver giuocati Pomponio, ma io stento a credere che li abbia potuti pensare Triboniano.

È invece lo Schulz che batte una falsa strada. Il mittente dell'epistola diretta a Pomponio aveva compreso benissimo la portata della decisione di Aristone e non era affatto in dubbio che nel caso d'insolvenza del tutore il danno ricadesse sull'attore. Ciò che egli contestava era l'esattezza della soluzione data da Aristone. Ed a tale quesito Pomponio risponde accettando il parere di Aristone e confu-

[1]) Cfr. lo stesso Schulz, op. cit., p. 109 sgg.

[2]) Cfr. Mommsen ad h. l.

[3] Proposta dal Fabro, *Iur. Pap.*, 13. 8. 14.

tando il dubbio sollevato dal suo corrispondente. Tu ripugni - scrive il giureconsulto - dall'ammettere che «detrimentum petitoris esse debeat» come se la cosa fosse perita per caso fortuito; ma non rifletti che a questa conseguenza si arriva, applicando puramente i principii del Sc. Iuventianum. Prescindi pure dai rapporti tra pupillo e tutore e dalle norme che disciplinano la responsabilità dell' uno per gli atti compiuti dall'altro. A che cosa è tenuto il possessor hereditatis di buona fede? A cedere le sue azioni. Orbene Aristone avrebbe potuto elegantemente osservare che l'obbligo del pupillo non deve essere maggiore di quello che incombe ad un possessore pienamente capace e tale obbligo si riduce alla cessione delle azioni. Ma queste contro un insolvente non approdano a nulla e il danno è sopportato dal petitor hereditatis.

Ecco il ragionamento svolto da Pomponio nel periodo incriminato, il quale davvero ribadisce elegantemente la decisione di Aristone.

Se le critiche dello Schulz fin qui esaminate si rivelano ingiuste, le altre sono per lo meno esagerate.

Corrispondentemente al quesito proposto la decisione data per il tutore viene estesa al curator furiosi:

> «idem dicendum est et si per curatorem furiosi culpa vel dolo quid amissum (admissum?) fuerit».

Peraltro, scrive lo Schulz, tutto il passo ragiona solo della culpa tutoris

Ora che il brano precedente all' «idem dicendum rell.» si occupi esclusivamente del tutore è vero ed è logico, poichè si tratta di applicare al curator furiosi la soluzione ottenuta per il tutor pupilli; e di questo procedimento ci porge un esempio la l. 21 § 1 D. 15. 1 cit., redatta da Ulpiano verosimilmente sulla traccia di Pomponio. Ma per il brano successivo l'affermazione dello Schulz non è del tutto esatta. È anche vero che, mentre si aspetterebbero esempi di «admissum» del curatore, torna di nuovo in campo il tutore:

> «si quid stipulatus *tutor* vel curator fuisset».

E ciò potrebbe indurre a espungere come insiticio il «tutor» o magari a dubitare della genuinità di tutta o parte dell' esemplificazione:

« quemadmodum si quid stipulatus tutor vel curator fuisset aut vendidisset rem hereditariam »

tanto più che riesce difficile immaginare come la stipulazione del tutore o del curatore possa diminuire la massa ereditaria. Ma non autorizza a ritenere interpolato il nucleo fondamentale del testo.

Intende ormai il lettore come io non possa aderire alle conclusioni dello Schulz. Questi dichiara di non saper stabilire con precisione quanto della l 61 da « cum alioquin » in poi appartenga a Pomponio, quanto ai compilatori; ma di sicuro attribuisce a loro la limitazione della responsabilità del pupillo alla cessione delle azioni. Io invece, pur riconoscendo le mende che sono nella l. 61 [1]) e che possono far sospettare l' intervento dei compilatori, tengo per fermo che il punto maggiormente censurato sia di Pomponio. Vero è che, secondo l' interpretazione da me sostenuta, esso non parla di cessione delle azioni che in modo affatto ipotetico e al solo fine di dimostrare che la responsabilità del pupillo non può mai andare oltre il caso di solvibilità del tutore.

Rimane a decidere circa l' interpolazione della l. 3 § 1 D. 14. 4. Qui veramente l'obbligo del pupillo è limitato alla cessione dell'azione contro il tutore. Ed il principio sarebbe enunciato in modo abbastanza barocco, data la ricostruzione del passo che a noi sembra probabile. Quindi incliniamo a ritenere che l' « et sane hactenus... praestet » sia stato aggiunto dai compilatori. Accettiamo pertanto la congettura del Fabro [2]) e pensiamo che meglio avvisata sarebbe stata la critica moderna, se avesse tenuto i suoi sospetti nei confini tracciati dall'acume del giureconsulto francese.

4. Riprendiamo ora sotto altro aspetto lo studio dei luoghi che affermano la responsabilità del pupillo pel dolo del tutore. Importa dimostrare che essi non si riferiscono mai a contratti posti in essere dal rappresentante.

[1] Cfr. le proposte di emendazioni in SCHULTING, MOMMSEN, KRÜGER, SCIALOJA ad h. l.; GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, libro 26 § 1346 (p. 718 sgg. della traduzione italiana).

[2]) Cfr. anche BESELER, *Beiträge zur Kritik der roem. Rechtsquellen*, I, p. 5, nota *.

Ciò è evidente nella l. 15 pr. D. 4. 3, la quale tratta dell'actio doli.

ULPIANUS *l. 11 ad edictum*: « Sed et ex dolo tutoris, si factus est locupletior, puto in eum dandam actionem [1]), sicut exceptio datur » [2]).

[1]) La stessa regola vale per il dominus rispetto al procurator (15 § 2 D. 4. 3) e per i municipes rispetto a coloro « qui res eorum administrant » (15 § 1 D. 4. 3 per l'a. doli; 4 D. 43. 16 Ulp.-10 ad ed. per l'interdictum unde vi). Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, (trad. SCIALOJA), II, p. 320 sgg.; FERRINI, *Diritto penale romano*, in PESSINA, *Enciclopedia*, num. 44.

A ciò non contraddice la l. 9 § 1 e 3 D. 4. 2:

ULPIANUS *l. 11 ad edictum*: « Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur nec adicit a quo gestum: et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto locus erit. Sed licet vim factam a quocumque praetor complectatur, eleganter tamen Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel liberarem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi: ceterum si alienus sum a vi, teneri me non debere, ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor. - Sed quod praetor ait ratum se non habiturum, quatenus accipiendum est videamus. Et quidem aut imperfecta res est, licet metus intervenerit, ut puta stipulationem numeratio non est secuta, aut perfecta, si post stipulationem et numeratio facta est aut per metum accepto debitor liberatus est vel quid simile contigerit quod negotium perficeret. Et Pomponius scribit in negotiis quidem perfectis et exceptionem interdum et actionem competere, in imperfectis autem solam exceptionem. Sed ex facto scio, cum Campani metu cuidam illato extorsissent cautionem pollicitationis, rescriptum esse ab imperatore nostro posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare, et praetorem me adsidente interlocutum esse, ut sive actione vellet adversus Campanos experiri, esse propositam, sive exceptione, adversus petentes non deesse exceptionem. Ex qua constitutione colligitur, ut, sive perfecta sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur »

sebbene il § 1 affermi l'applicabilità dell'editto alle persone collettive e il § 3 dia l'azione contro i Campani che avevano estorto una cautio pollicitationis. Ulpiano commenta la clausola edittale « quod metus causa gestum erit, ratum non habebo », che concedeva la restitutio in integrum. (Su questi passi cfr. in vario senso SCHLIEMANN, *Lehre vom Zwang*, p. 34 sgg.; CURTIUS, *Archiv f. civ. Praxis*, 64, p. 167 sgg.).

Del resto è lecito il dubbio sulla perfetta genuinità della frase « sive singularis.., vel corpus » ed è certamente spuria la chiusa « ut sive actione rell. », dove per la forma si avrebbe una proposizione con l'infinito dipendente da « ut »

[2] Vedi nota 1 a pagina seguente.

Ma è anche certo [2]) nella l. 3 D. 26. 9:

PAPINIANUS *l. 20 quaestionum*: « Dolus tutorum puero neque nocere neque prodesse debet: quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude locupletior pupillus factus non est. Quare merito Sabinus tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit, scilicet si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in depositi quoque actione dicendum est, item hereditatis petitione, si modo, quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur ».

Il dubbio potrebbe sorgere per il deposito, ma, come si vedrà meglio in seguito [3]), non è giustificato. Per l'actio tributoria il testo indica esplicitamente l'origine dell'obbligazione: « si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit ». Il tutore non aveva distribuito proporzionalmente fra tutti i creditori del servo, compreso il dominus,

e per la sostanza un rinvio all'azione od all'eccezione a scelta del pollicitante, mentre ragionevolmente costui sarà convenuto dai Campani e si difenderà con l'eccezione.

Anche il BESELER, *Beiträge zur Kritik der roem. Rechtsquellen*, I, p. 72 sgg. ritiene interpolata, e in varii punti, la l. 9. Ma per la parte che ci riguarda io non saprei aderire senza riserve alla sua critica. Egli censura giustamente nel brano « et ideo sive singularis rell. » la corrispondenza « sive... vel » ed osserva che il passo suona come se vi fossero dubbi sull'ammissibilità di un autore plurale della violenza, mentre in realtà può solo discutersi se la pluralità come tale debba rispondere del fatto dei suoi componenti. Nel § 3 il Beseler stima che il periodo « sed ex facto rell. » sia classico ma collocato in quel posto da Giustiniano. In origine sarebbe stato nella parte che trattava dell'actio in quadruplum e ivi si sarebbe riferito al problema se tale azione pel fatto dell'organo di una persona giuridica competesse contro questa persona medesima. Alla congettura mi pare che osti la frase « posse eum a praetore in integrum restitutionem postulare », senza dire che la classicità dell'azione penale in quadruplum contro i municipes è poco probabile in sè e smentita dagli altri testi.

[1]) Analogamente per l'exceptio doli procuratoris cfr. l. 4 § 18 D. 44. 4 (Ulpianus l. 76 ad ed.). Al procuratore e al mandatario si può opporre anche il dolo del principale: cfr. l. 4 § 19 D. eod. e su di essa PERNICE, *Labeo*, I, p. 502.

[2]) Di altra opinione pare che sia il BARON, *Institutionen*, § 128, testo alla nota 12, il quale commette anche l'errore di ritenere che l'azione competente al erzo contro il pupillo sia l'actio de in rem verso. Cfr. pure dello stesso autore *Pandekten*, § 221, testo alla nota 45.

[3]) Vedi il num. 6.

la merx peculiaris. Dal dolo [1]) e non da un contratto del tutore nasce l'actio tributoria contro il pupillo [2]).

Come la l. 61 D. 26. 7 cit. accordava la petitio hereditatis contro il pupillo per le cose che egli aveva cessato di possedere *culpa tutoris* «si pupillo de hereditate cautum sit», il che si riteneva avvenisse anche «si tutor erit idoneus», così la l. 3 cit. ammette la petitio:

> «si modo, quod tutoris dolo desiit [3]), pupilli rationibus illatum probetur»

nel caso cioè di arricchimento [4]).

Neppure qui la responsabilità del pupillo proviene direttamente da un contratto del tutore [5]); ma egli paga l'aestimatio delle cose ereditarie, che non è in grado di restituire per colpa del suo rappresentante.

La l. 1 D. 26. 9:

> POMPONIUS *l. 29 ad Sabinum*: «Ob dolum malum vel culpam tutoris Aristo ait pupillum possessorem condemnandum, sed non puto, quanti actor in litem iuraret: et tamen illud ita est, si rem a tutore pupillus servare possit»

[1]) Cfr. l. 8 D. 14. 4 (Iulianus l. 11 digest.) e l. 3 § 1-2 D. 14. 4 commentata sopra al num. 3.

[2]) Vi è dunque contraddizione tra la l. 15 § 2 D. 4. 3:

> ULPIANUS *l. 11 ad edictum*: «Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur»

che in base al dolo del procuratore accorda l'a. doli contro il principale «in quantum ad eum pervenit», afferma cioè lo stesso principio che vale nei rapporti fra tutore e pupillo, e la l. 5 pr. D. 14. 4:

> ULPIANUS *l. 29 ad edictum*: «Procuratoris autem scientiam et dolum nocere debere domino neque Pomponius dubitat nec nos dubitamus»

che nell'a. tributoria dichiara nuocere al domino non solo la scientia procuratoris (in quanto fa luogo all'azione e conformemente a ciò che si dice nella l. 3 § 2 D. eod. della scientia tutoris) ma anche il dolo. Forse la l. 5 pr. non è interamente genuina; l'espressione «nec nos dubitamus» è amplificativa e sospetta.

[3]) SCHULTING, *Notae ad Digesta*, h. l., propone di leggere *desit*. Che l'originale avesse «desiit possidere», come nella l. 61 D. 26. 7?

[4]) Cfr. analogamente per il furioso l. 51 pr. D. 5. 3 (Papinianus l. 2 respons.).

[5]) La diminuzione dell'asse ereditario può essere la conseguenza di un contratto del tutore (per es. la vendita delle res hereditariae); ma il pupillo è tenuto per la colpa del tutore nella petitio hereditatis e non con un'azione contrattuale.

decide la stessa questione in genere per le azioni reali. Che il passo sia stato riportato poco scrupolosamente non pare da mettersi in dubbio. L' avviso di Aristone ci è noto per la l. 61 D. 26. 7, dove la responsabilità del pupillo è subordinata alla condizione che egli abbia assicurato il regresso contro il tutore; in quella vece nella l. 1 D. 26. 9 Aristone avrebbe ammesso illimitatamente le azioni contro il pupillo e soltanto Pomponio ne avrebbe corretta la dottrina restringendola al caso che «rem a tutore pupillus servare possit». Gli emendamenti, a cui il testo viene assoggettato dagli editori, confermano il sospetto dell' alterazione[1]).

In nessun luogo si discute se possano dirigersi contro il pupillo azioni, le quali nascano da contratti del tutore, comunque viziati da dolo. L' actio in factum della l. 1 § 6 D. 43. 4[2]) si fonda sul delitto del tutore che impedisce al creditore di immettersi e di mantenersi nel possesso dei beni; la l. 21 § 1 D. 15. 1[3]) autorizza a comprendere nel peculio anche quei valori che siano stati dolosamente sottratti; la l. 11 § 6 D. 43. 24:

> Ulpianus *l. 71 ad edictum*: «Si tutoris iussu aut curatoris factum sit, cum placeat, quod Cassius probat, ex dolo tutoris vel curatoris pupillum vel furiosum non teneri, eveniet, ut in ipsum tutorem curatoremque aut utilis actio competat aut etiam utile interdictum. Certe ad patientiam tollendi operis utique tenebuntur pupillus et furiosus»

decide che pupillo e furioso siano tenuti «ad patientiam tollendi operis»[4]), se l'opera violenta o clandestina sia stata fatta per volontà del tutore e curatore rispettivi[5]).

[1]) Non saprei dire donde l'Ubbelohde in Glück, *Commentario*, libri 43-44, parte 1ª e 2ª, p. 311, n. 73 (della traduzione italiana) abbia tratta la distinzione, per cui la l. 1 D. 26. 9 riguarderebbe il deterioramento o distruzione dell'oggetto della lite *dopo* la citazione nella rei vindicatio, hereditatis petitio, actio ad exhibendum, e invece per un consimile atto illecito commesso dal rappresentante *prima* della citazione provvederebbe la l. 3 D. eod., che chiama il principale a rispondere in massima solo del suo arricchimento.

[2]) Vedi sopra al num. 3.

[3]) Riferita sopra al num. 3.

[4]) Cfr. l. 16 § 2 D. 43. 24 (Paulus l. 77 ad ed.).

[5]) La l. 11 § 6 cit. limita la regola enunciata nella l. 5 § 10 D. eod.:

5. Non deve trarci in inganno la l. 10 § 1 D. 4. 7:

PAULUS[1]) *l. 12 ad edictum*: «Si tutor pupilli vel adgnatus furiosi alienaverint, utilis actio competit, quia consilium huius fraudis inire non possunt».

Pare che essa dia l'utilis actio contro gli incapaci[2]), ma il testo è sicuramente interpolato. Non sappiamo se commentasse l'editto sulla restitutio in integrum o la formula dell'actio in factum concesse dal diritto pretorio per l'alienatio iudicii mutandi causa facta[3]). Il pr. della l. 10:

«Nam et si obligatus solvero quod a me petere velles, huic edicto locus non erit»

ULPIANUS *l. 71 ad edictum*: «Idem (Labeo) ait et adversus procuratorem tutorem curatorem municipumve syndicum alieno nomine interdici posse»

che l'interdictum quod vi aut clam è esperibile contro il tutore «alieno nomine», perchè direttamente, come insegna la l. 5 § 12 D. eod.:

ULPIANUS *l. 71 ad edictum*: «Similiter quod iussu cuius factum erit, ob id non cum eo, sed cuius nomine iusserit, haec actio est. Nam si procurator tutor curator duumvir municipii, quod eius nomine ageret, cuius negotium procuraret, fieri iusserit, ob id agendum erit cum eo, cuius nomine factum quid erit, non cum eo, qui ita iusserit. Et si tibi mandavero, ut opus fieri iuberes et in ea re mihi parueris, mecum, inquit, non tecum erit actio»

non è tenuto chi ha ordinato l'opera, ma colui in nome del quale è stata ordinata. L'interdetto contro il tutore è utile, appunto perchè direttamente dovrebbe competere contro il pupillo: il «competat» nella l. 11 § 6 è dei compilatori (cfr. KRÜGER, ad h. l.). Il LENEL, *Edictum*[2], p. 464, n. 11 si domanda se non dovesse bastare l'interdetto diretto e se non si abbia un'interpolazione: la risposta è nella l. 5 § 12 cit.

La conciliazione da me indicata mi sembra preferibile a quella proposta dal l'UBBELOHDE, op. cit., p. 314, il quale sostiene che nella l. 11 § 6 Ulpiano considera l'ordine doloso del tutore e nella l. 5 § 12 intende solo un ordine colposo.

[1]) L'iscrizione della Fiorentina ULP. 12 ad ed. è falsa: cfr. LENEL, *Edictum*[2], p. 121, n. 4. Il KRÜGER ad h. l. propone: Ulp. *13* ad ed.

[2]) Intendi un pupillo che non sia proximus pubertati.

[3]) Data l'opinione del LENEL, *Edictum*[2], p. 123 e del PARTSCH, *De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa facta*, p. 10 sgg. che la clausola edittale contenesse soltanto la promessa della restitutio in integrum, la l. 10 pr., che espressamente si richiama «huic edicto», dovrebbe riferirsi alla restitutio e probabilmente calzerebbe la stessa conclusione per il § 1. Ma anche la ricostruzione dell'editto è dubbia: cfr. PISSARD, *Nouv. Revue hist. du droit*, 34, pp. 380 n. 4, 383 n. 3, 387 sgg.

immagina un' ipotesi nella quale non si fa luogo all' editto; e ciò potrebbe far sospettare che anche il § 1 ne negasse l' applicabilità. Con la negativa s' accorderebbe poi bene il motivo « quia consilium huius fraudis inire non possunt ». D' altro lato si potrebbe credere che tale motivo serva a spiegare perchè non sia data l' azione diretta ma l' utile.

Per sè sola la l. 10 § 1 non offre elementi bastevoli ad un giudizio definitivo. Bisognerebbe limitarsi a constatare che « competit » è bizantino [1]) e a dubitare che l' emblema sia ancora più largo, se non soccorressero altre fonti. Con l' actio in factum, la quale nasce dal delitto del rappresentante, il pupillo ed il furioso non dovrebbero poter essere convenuti, neppure sino a concorrenza dell' arricchimento, una volta che l' azione è negata contro gli eredi. Cfr le ll. 4 § 6, 6 e 7 D. h. t.

> ULPIANUS *l. 13 ad edictum*: « Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur: in heredem autem »
> « vel post annum non dabitur »
>
> GAIUS *l. 4 ad edictum provinciale*: « quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari » [2]).

Contro il pupillo ed il furioso, che non possiedono più, non è nemmeno pensabile la restitutio in integrum e quindi la rei vindicatio « perinde ac si possiderent » [3]). Esclusa l' azione rescissoria, non si può neanche identificare l' utilis actio del nostro testo con l' utile iudicium della l. 3 § 5 D. eod. [4]). E l' emblema appare per tutti i riguardi assai verosimile [5]).

[1]) Cfr. KRÜGER, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.*, 16, p. 4.

[2]) Il motivo, a dir vero, non è molto probante, perchè le azioni ex delicto sono date contro gli eredi « in id quod ad eos pervenit ».

[3]) Cfr. l. 3 § 5 D. 4. 7 (Gaius l. 4 ad ed. prov.) e su di essa PERNICE, *Labeo*, II, 2, 1 p. 76, n. 5; PARTSCH, op. cit., pp. 42, n. 1, 45 sgg.; MITTEIS, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg*, 30, p. 453 sgg.; PISSARD, op. cit., p. 389 sgg.

[4]) Il cui significato è del resto assai controverso: cfr. gli autori citati nella nota precedente.

[5]) Per una restituzione congetturale del testo classico l' attuale contesto favorisce la sostituzione di una frase negativa ad « utilis actio competit ». Per ciò non si può decidere se qui il giureconsulto accordasse l'a. in factum contro il

Comunque, nemmeno nella l. 10 § 1 avremmo che fare con una obbligazione contrattuale del tutore di cui sia chiamato a rispondere il pupillo.

6. Secondo la l. 3 D. 26. 9 il pupillo è tenuto per il dolo del tutore «in depositi actione». E se immaginassimo il contratto di deposito concluso dal tutore, verremmo a riconoscere per esso la rappresentanza diretta. Certo è [1]) che questo contratto presenta varii punti oscuri per la dottrina della rappresentanza e del contratto a favore di terzi.

Che l'applicazione di quest'ultima figura al deposito fosse classica si era già pensato in base alla sentenza di Paolo riferita nella Collatio 10. 7. 8 [2]), ed il negozio di Apuleio illustrato dal Bonfante [3]) mostra che la concessione dell'azione utile al terzo non era ignota alla prassi del diritto classico [4]). Ma quanto alla rappresentanza io ho escluso nella seconda parte di questo lavoro che il diritto classico l'ammettesse. E tale opinione mi sembra di poter ribadire con l'argomento tratto dalle ll. 25 pr. D. 16. 3 e 31 (32) § 1 D. 3. 5.

> Papinianus *l. 9 quaestionum*: «Die sponsaliorum aut postea res oblatas puellae, quae sui iuris fuit, pater suscepit: heres eius ut exhibeat recte convenietur etiam actione depositi».
>
> Papinianus *l. 3 responsorum*: «Ignorante virgine mater a sponso filiae res donatas suscepit: quia mandati vel depositi cessat actio, negotiorum gestorum agitur».

Nella l. 25 pr. il padre prende in custodia le cose offerte alla figlia; il deposito si conclude dunque in presenza [5]) e a saputa della figlia, il che significa che il donante nella consegna delle cose al padre ha il ruolo del semplice nuntius. Che se invece le cose fossero

tutore, che indubbiamente era tenuto con la medesima; ma l'interpretazione del Keller, *Pandekten*, II, p. 298, testo alla nota 21, il quale intende che la l. 10 § 1 dia l'azione contro il tutore, parmi sicuramente falsa per il diritto giustinianeo.

[1]) Vedi la nota in Parte II, capo I, num. 11.

[2]) Tuttavia secondo il Siber, *Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, p. 75 sarebbe da escludere che Paolo volesse accordare l'a. utilis al depositante anche senza cessione da parte del primo depositario.

[3]) *Studi in onore di B. Brugi*, p. 163 sgg.

[4]) Il Rotondi, *Filangieri*, 34, p. 285 ammette un'a. depositi utilis anche nella l. 26 pr. D. 16. 3; ma vedi la nota citata in Parte II, capo I, num. 11.

[5]) Cfr. Vat. Fr. 254 = l. 31 § 3 D. 39. 5 (Papinianus l. 12 respons.) e Costa, *Papiniano*, 4, p. 73.

state consegnate ad insaputa della figlia, allora, per ammettere il deposito, farebbe mestieri considerare la figlia come rappresentata dal donante; ma ciò è impossibile secondo la l. 31 § 1 [1]).

Esaminando poi la l. 3 D. 26. 9 per se stessa, non si può essere sedotti dall'idea che, concedendo l'actio depositi contro l'impubere, essa voglia alludere ad un deposito concluso dal tutore. Come dal dolo di questo dipendono la ingiusta distribuzione della merx peculiaris e la diminuzione dell'asse ereditario, le quali si fanno valere nell'a. tributoria e nella petitio hereditatis, così « in depositi actione » il dolo del tutore è causa che non sia stata restituita la cosa depositata. Sulla conclusione del deposito Papiniano tace; noi peraltro, richiamando i principii generali e le attestazioni delle fonti in ordine alla rappresentanza, dobbiamo ritenere che l'obbligazione sia stata ereditata o contratta dal pupillo « tutore auctore ». Altrimenti, se il deposito fosse stato assunto dal tutore « suo nomine », egli solo potrebbe essere convenuto ed il pupillo non sarebbe responsabile verso i terzi neppure dell'arricchimento; se fosse stato affidato al pupillo senza l'auctoritas del tutore, l'impubere sarebbe tenuto per l'arricchimento [2]) purchè fosse « iam doli capax » [3]).

[1]) Papiniano vi ravvisa una negotiorum gestio. Sui rapporti tra questa e la rappresentanza e sull'influenza esercitata in proposito da Papiniano vedi sopra Parte II, capo II, num. 8.

[2]) Giusta il principio che regge l'efficacia delle obbligazioni contratte dall'impubere solo. Cfr. l. 5 pr. § 1 D. 26. 8 (Ulp. l. 40 ad Sab.); 1 pr. D. eod. (Ulp. l. 1 ad Sab.); 3 § 4 D. 3. 5 (Ulp. l. 10 ad ed.); 3 pr. D. 13. 6 (Ulp. l. 28 ad ed.); 10 D. 14. 3 (Gaius l. 9 ad ed. prov.); 8 § 15 D. 16. 1 (Ulp. l. 29 ad ed.); 95 § 2 D. 46. 3 (Papin. l. 28 quaest.) ecc.

[3]) Non così decide nella compilazione giustinianea la l. 1 § 15 D. 16. 3:

> Ulpianus *l. 30 ad edictum*: « An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur. Sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum et si dolus non intervenit ».

Questo passo è sembrato difficile al Siber, op. cit. p. 71 sgg. per varii motivi, ma sopra tutto perchè l'obbligazione nascente dal deposito non è un'obbligazione ex delicto, quantunque il depositario sia tenuto solo per dolo. Il motivo pratico della decisione di Ulpiano sarebbe da rinvenire nell'antica azione da delitto in duplum che competeva al depositante secondo le XII Tavole e che Paolo *Collatio* 10. 7. 11) tratta ancora come vigente. Se non si fosse concessa l'azione contrattuale, si sarebbe costretto il depositante a ricorrere all'azione penale che, come ogni azione ex delicto, è ammessa contro l'impubere capace di dolo; e così

7. A che cosa alluda precisamente la l. 4 D. 26. 9 è assai difficile stabilire.

ULPIANUS *l. 64 ad edictum*: « At si extrinsecus aliquid tutor dolo admiserit, pupillo nihil nocere oportet ».

il rifiuto dell'azione contrattuale al simplum sarebbe ridondato a danno del pupillo, poichè avrebbe avuto per conseguenza che contro di lui si potesse agire solo al duplum. Fa quindi onore al senso pratico di Ulpiano se contro la regola egli ha concesso l'azione contrattuale.

Senza discutere se l'a. depositi in factum fosse penale (cfr. KARLOWA, *Roem. Rechtsgeschichte*, II, p. 1313; ROTONDI, *Archivio giuridico*, 83, p. 299 sgg.), si potrebbe tener conto dell'osservazione di Paolo 18 ad Plautium (49 D. 44. 7) che nelle azioni del deposito, benchè « ex contractibus venientes », tuttavia « delictum quoque versatur » e pensare che la giurisprudenza romana si sentisse autorizzata a reprimere il dolo del pupillo pubertati proximus, quantunque non sia perseguito con un'azione ex delicto. (Diversamente PERNICE, *Labeo*, I, p. 222 n. 53; BUHL, *Salvius Iulianus*, p. 157 sgg.). Ma la l. 1 § 15 presta il fianco a critiche ben più radicali. L'azione, di cui si parla nella chiusa « nam et in quantum rell. », non è che l'a. depositi: ma il depositario è tenuto solamente per dolo, e l'a. depositi non si può mai sperimentare « si dolus non intervenit ». La fine della l. 1 § 15 non è dunque genuina. Il rescritto di Antonino Pio, che convalidava nei limiti dell'arricchimento l'obbligazione contratta sine tutoris auctoritate dal pupillo proximus infantiae, non può applicarsi al contratto di deposito, perchè l'obbligazione del depositario si fonda sul dolo. Bisognerà che il pupillo sia doli mali capax e a questa condizione egli sarà tenuto per l'arricchimento. Tale dovette essere la regola classica nel deposito: perchè l'azione è contrattuale ed il pupillo non ha concluso il contratto con l'auctoritas del tutore, egli risponde solo dell'arricchimento; perchè il depositario presta unicamente il dolo, è mestieri che il pupillo sia doli capax. Si fondono qui, per la natura del contratto di deposito, i due principii, uno che regge le obbligazioni pupillari da contratti, l'altro che regge le obbligazioni da delitti; e l'osservazione di Paolo sopra riferita appare piena di verità. Ricostruendo il testo ulpianeo, come segue:

« ... probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit, in quantum locupletior factus est »

noi avremo risoluto la difficoltà che giustamente preoccupava il romanista di Lipsia e avremo anche eliminato l'errore che deturpa l'ultima parte del frammento.

Mentre i compilatori estendevano dall'arricchimento all'intero la responsabilità del pupillo, che aveva ricevuto il deposito sine tutoris auctoritate, riducevano in confini più angusti dei classici quella del suo fideiussore, mediante l'interpolazione finale di l. 2 D. 46. 1, ammessa dall'EISELE, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.*, 13, p. 131 e negata dal KALB, *Die Jagd nach Interpolationen*, p. 22.

POMPONIUS *l. 22 ad Sabinum*: « Et commodati et depositi fideiussor accipi potest et tenetur, etiamsi apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit, sed ita demum, si aut dolo malo aut culpa hi fecerunt, pro quibus fideiussum est ».

Io accedo all'opinione dell'Eisele, non perchè io reputi con questo autore superflua la spiegazione contenuta nella frase finale nè tanto meno perchè mi

Il Lenel [1]) riferisce il testo all' editto contenuto nella l. 25 D. 42. 5 [2]), il quale negava l' azione contro il bonorum emptor al creditore che avesse scientemente contrattato col decotto « postea quam is, cuius bona venierint, consilium fraudandorum creditorum ceperit ». Il nostro passo apparterrebbe al commento della clausola « sciente eo qui contraxerit ».

Se il riferimento sia indovinato o no, è questione che non sapremmo risolvere. I crediti acquistati dal tutore non riguardano il pupillo; e qualunque cosa accada fra il tutore ed il fraudator, non può nuocere al pupillo. Ulpiano farebbe un' osservazione inutile e si esprimerebbe male – « nihil nocere oportet » – quasi che il danno fosse possibile [3]). Possiamo bensì immaginare che il pupillo contragga

convinca la ragione addotta dal De Ruggiero, *Bullettino dell' Istituto di D. R.*, 19, p. 53 che la sua origine bizantina sarebbe rivelata anche esteriormente dalle parole con cui è introdotta « sed ita demum ». Le osservazioni del Kalb sull' uso di « demum » presso i classici sono così precise e tanti gli esempi di « sed ita demum » che ci offre il Vocabularium iurisprudentiae romanae alla voce « demum » da rassicurarci completamente sulla sua classicità. D'altra parte Pomponio potè benissimo sentire il bisogno di determinare in quali casi risponda il fideiussore, che ha garantito il deposito ricevuto da un servo o da un impubere. Cfr. l. 1 § 14 D. 16, 3 i. f.:

> « Plane si fideiussisti... Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. Quid enim si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres neque bonorum possessor neque successor eius exstaret? Tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet ».

Il fideiussore dell' impubere è tenuto se questi « dolo fecit » (è a tal uopo occorrerà che sia doli capax) ovvero se « est res apud eum ». Pomponio potrebbe aver detto: « sed ita demum, si aut dolo malo hi fecerunt, pro quibus fideiussum est, aut res est apud eos ». Questa mi pare una buona ricostruzione del senso e approssimativamente delle parole dell' originale; ma se c' è una frase della l. 2 D. 46. 1, sulla cui genuinità io non mi permetterei di discutere, è proprio il « sed ita demum », il preteso indice rivelatore dell' emblema! La spiegazione, che i bizantini hanno sostituito a quella classica, non è tanto superflua quanto sbagliata, perchè il fideiussore, come si deduce dalla l. 1 § 14 cit., è tenuto anche quando il pupillo per la sua età non sarebbe capace di dolo o il servo non ne commette, perchè per es. è impedito di restituire dal padrone.

[1]) *Palingenesia* II, p. 794 n. 2.

[2]) Ulpianus *l. 64 ad edictum*: « Ait praetor: 'Quod postea contractum erit quam is, cuius bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur' ».

Cfr. la mia *Revoca degli atti fraudolenti*, p. 224 sgg.

[3]) Se il tutore ha scientemente contrattato col fraudator, egli non avrà azione contro il bonorum emptor. Ma poichè il credito appartiene al tutore, il pupillo non può essere nè giovato nè danneggiato dalla denegatio actionis.

con un fraudator e che si discuta se debba essere escluso dal concorso perchè il tutore era consapevole della frode: ma non riusciamo a scoprire il rapporto che passa fra tale ricerca e l'affermazione di Ulpiano.

Tornando vano ogni sforzo per tentare di penetrare questo mistero, giova considerare il frammento per quel che dice nella sua attuale collocazione. È d'uopo riconoscere che il più naturale e conforme alla lettera è il significato che ordinariamente gli si attribuisce. « Extrinsecus », secondo la parafrasi di Noodt [1]), vale « extra rationes pupilli », o, come si esprime Gotofredo [2]), « extra legitimam gestionem seu administrationem rei pupillaris » [3]). Quando il fatto illecito del tutore non ha alcun legame con l'amministrazione della tutela, esso non pregiudica il pupillo [4]).

Non è la giustezza della decisione che dà luogo a dubbi; piuttosto si direbbe banale l'enunciazione del principio. Si può seriamente discutere se il pupillo debba rispondere degli atti, che il tutore ha compiuto per suo conto, nell'amministrazione del suo patrimonio, all'infuori di ogni nesso con la gestione della tutela? [5]) Certo non contengono applicazioni del principio, che sarebbe fermato nella l. 4, quei luoghi che escludono l'obbligazione dell'incapace per il vi aut clam factum del tutore o per la disubbidienza di costui all'ordine del magistrato [6]). In questi passi si ha invece da supporre che, come è detto esplicitamente nella l. 4 D. 43. 5 cit., il rapporto giuridico, in occasione del quale si è verificato il dolo del tutore, interessi in qualche modo il pupillo.

Sulla l. 4 D. 26. 9 non si può dunque affermare nulla di reciso; ma essa è così generica ed incolore che non arreca alcun imbarazzo.

[1]) Comm. ad Dig. h. t. § At quemadmodum.

[2]) Comm. in tit. Pand. de div. reg. iuris ad l. 198 § Et ipse.

[3]) Cfr. anche Fabri, *Iurispr. Pap.*, 13. 8. 14: « extra causam administrationis »

[4]) Cfr. Glück, *Commentario*, libro 26 § 1346 (p. 721 della traduzione italiana).

[5]) Tale critica è stata già mossa dal Rudorff, *Vormundschaft*, II, p. 347 n. 25. Egli pensa che « extrinsecus » alluda ad un dolo, il quale non arricchisce il pupillo, è extra rationes pupilli, come prova l'antitesi con la l. 3 D. eod. In questo caso il pupillo non soffre alcun danno, perchè si libera cedendo l'azione contro il tutore. Purtroppo le osservazioni, che abbiamo avuto agio di fare precedentemente, rendono assai dubbia l'attribuzione di un simile concetto ad Ulpiano.

[6]) Cfr. le ll. citt. 11 § 6 D. 43. 24 e 1 § 2 D. 2. 3.

8. La prova più lampante che il pupillo non risponde della culpa tutoris, se il contratto è stato concluso dal tutore solo, si ha nella l. 13 § 7 D. 19. 1.

> ULPIANUS *l. 32 ad edictum*: « Sed cum in facto proponeretur tutores hoc idem fecisse, qui rem pupillarem vendebant, quaestionis esse ait, an tutorum dolum pupillus praestare debeat. Et si quidem ipsi tutores vendiderunt, ex empto eos teneri nequaquam dubium est; sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est, tutoribus in residuum perpetuo condemnandis, quia nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum factum est ».

Nel paragrafo precedente [1]) si riferisce e si approva l' opinione di Giuliano, il quale scorgeva un dolo nel fatto del venditore, che dichiara uno solo dei pesi gravanti sul fondo, pur sapendo che ne esistono altri, e pattuisce che qualunque onere sia a carico del compratore. Ora, se di questa slealtà si rendono colpevoli i tutori, Giuliano « quaestionis esse ait, an tutorum dolum pupillus praestare debeat ». Ed il quesito è risolto, distinguendo secondo che la vendita è stata compiuta dagli stessi tutori o dal pupillo con la loro auctoritas. Nel primo caso non è dubbio, « nequaquam dubium est », che con l' actio ex empto siano tenuti i tutori, nel secondo caso il pupillo è tenuto sino a concorrenza dell' arricchimento.

Il Fabro [2]) ha respinto tutto il passo come tribonianeo. Specialmente la distinzione che vi è enunciata non ha trovato grazia presso il giureconsulto francese, il quale sostiene che il primo membro della distinzione non abbia nulla che vedere con la questione proposta ed il secondo abbia il torto di mostrare con l' avversativa « sed si » una diversità di diritto e di fatto, mentre invece anche nella prima ipotesi, che i tutori abbiano venduto essi stessi, il pupillo è tenuto per l' arricchimento.

[1]) ULPIANUS *l. 32 ad edictum*: « Idem Iulianus dolum solere a venditore praestari etiam in huiusmodi specie ostendit: si, cum venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit uni municipio deberi, verum postea legem consignaverit, si qua tributorum aut vectigalis indictionisve quid nomine aut ad viae collationem praestare oportet, id emptorem dare facere praestareque oportere, ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem: quae sententia vera est ».

[2]) *Rationalia* ad l. 15 D. 4. 3.

La critica, si può dirlo con certezza, è eccessiva e fallace. Che la prima ipotesi sia estranea alla questione esaminata non dirà nessuno, il quale rifletta che appunto due sono i modi di vendere le cose pupillari, o da parte dei tutori o da parte del pupillo con la loro auctoritas. Ed è falso che il pupillo risponda dell' arricchimento anche quando il contratto è stato concluso in persona propria dal tutore. Il passo, di cui discutiamo, prova il contrario; e noi abbiamo avuto cura di rilevare in tutti i passi studiati precedentemente, che riguardavano la responsabilità dell' impubere per il dolo del tutore, l' assenza di qualsiasi accenno a contratti posti in essere da quest'ultimo. E del resto, se qualche cosa valgono le nostre ricerche, di cui abbiamo esposto i risultati nella Parte II, esse escludono nel modo più assoluto che l' actio ex empto, per una vendita compiuta dal tutore, potesse normalmente dirigersi contro il pupillo.

Dove invece il Fabro ha ragione è nel ritenere emblematiche le parole « tutoribus ... factum est »[1]). L' ablativo assoluto, non si sbaglia, anche questa volta è di Triboniano. E i motivi per affermarlo sono parecchi. Anzitutto la decisione è equivoca. Poichè il testo indaga la legittimazione passiva dell' actio ex empto, bisognerebbe ritenere che i tutori, i quali hanno prestato l' auctoritas, potessero essere convenuti con quest' azione; ma tale conseguenza sarebbe contraria ai principii più certi del diritto classico, per cui il tutore, che interpone l' auctoritas, non assume alcuna obbligazione verso l' altro contraente. In secondo luogo la frase « tutoribus in residuum condemnandis » lascerebbe supporre che siasi avanti sperimentata l' azione per l' arricchimento contro il pupillo, e ciò contraddice alla norma della consumazione processuale[2]). Poi i tutori sarebbero « perpetuo condemnandi », perchè l' azione non si trasferisce contro il pupillo; ed anche questo è falso. Disgraziatamente il pupillo, che ha venduto « tutore auctore », è già tenuto con l' actio ex empto; non c' è bisogno di trasferire nulla. Infine non potrà mai essere ammirata abba-

[1]) Cfr. anche LENEL, *Palingenesia*, II, p. 633 n. 2, il quale osserva: « suspicionem movet et scribendi genus et sententiae ineptia »; ed EISELE, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.*, 13, p. 139 sgg.

[2]) Nella l. 1 § 6 D. 43. 4 cit. Ulpiano si esprime correttamente: « si tutor dolo fecerit, in pupillum dabimus actionem ...: sed et ipsum tutorem posse conveniri Iulianus scribit ». Qui è rimesso alla scelta del creditore l'agire contro il tutore che « vim fecit ei qui in possessionem missus erat » o contro il pupillo.

stanza la frase «nec transfertur in pupillum hoc quod dolo tutorum factum est» per significare che l'azione utile, accordata contro il pupillo in base agli atti del tutore, non deve servire ad ottenere da lui l'indennizzo per il dolo del suo rappresentante[1]). La misura sarà colma, quando avremo ricordato che la concessione in tutti i casi dell'azione utile contro il pupillo, cui allude la chiusa della l. 13 § 7 D. 19. 1, è dovuta a Giustiniano.

9. Io considero la l. 13 § 7 D. 19. 1 come la chiave di volta per la retta intelligenza della l. 4 § 1 D. 21. 2, estratta dallo stesso libro 32 ad edictum di Ulpiano.

> ULPIANUS *l. 32 ad edictum*: «Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta Papinianus libro tertio responsorum ait dari in eum cuius tutela gesta sit utilem actionem, sed adicit in id demum, quod rationibus eius accepto latum est. Sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus: quod magis puto: neque enim male contrahitur cum tutoribus».

Se la vendita fosse stata conclusa direttamente dai tutori, essi soli sarebbero responsabili dell'evizione. I tutori sono in colpa per aver venduto una cosa che non apparteneva al pupillo; e quindi non si può pensare ad un'actio utilis contro l'incapace, non solo perchè il testo non fa menzione dei presupposti che la potrebbero giustificare (l'infanzia o l'assenza del rappresentato), ma perchè questi in niun caso risponde del dolo o della colpa commessa dai propri rappresentanti mediante la conclusione di contratti a cui egli non ha preso parte.

Un'azione contro il pupillo per il dolo o la colpa del tutore non può fondarsi che su una responsabilità extracontrattuale del tutore (a. doli, petitio hereditatis e azioni reali, a. in factum per l'impedimento frapposto alla missio in possessionem, interdictum quod vi aut clam) o per lo meno sorta nell'esecuzione del contratto e non nella

[1]) Questo rilievo è fatto anche dall'EISELE, op. cit., p. 139: «Uebrigens ist *quod dolo tutorum factum est* auch keineswegs dasjenige, was in pupillum transferirt würde und werden könnte». Un altro argomento addotto dall'Eisele è il seguente: «sodann aber findet man es unmöglich, dass ein classischer Jurist daran gedacht haben könne, den Vormund, der den dolus begangen, nur vorläufig zu verurtheilen und die Sache dann auf den mündig gewordenen Pupillen abzuwälzen».

sua conclusione[1]) (a. tributoria, a. de peculio nel caso di ademtio dolo malo, a. depositi), ovvero su di un contratto del pupillo a cui il tutore ha prestato l'auctoritas. In questo caso, poichè il pupillo non è capace di dolo[2]), le dichiarazioni ingannevoli che fossero emesse in occasione della vendita (13 § 7 D. 19. 1) ed il fatto che sia venduta come propria del pupillo una cosa altrui (4 § 1 D. 21. 2) non possono addebitarsi che al tutore: tuttavia il pupillo potrà essere chiamato a risponderne.

A meglio persuadere il lettore che l'azione per l'evizione non può competere contro il pupillo che sia rimasto estraneo al contratto, non sarà inutile che io invochi l'esempio del procurator con cui il tutore è spesso appaiato nelle nostre fonti. Risulta da un responso di Papiniano contenuto nel Vat. fr. 328 e riprodotto con alcune varianti nella prima parte della l. 67 D. 3. 3[3]) che il procurator absentis « qui pro evictione praediorum quae vendidit fidem suam adstrinxit... obligationis... onere praetoris auxilio non relevabitur »[4]). Ne abbiamo abbastanza perchè nella l. 4 § 1 D. 21. 2, che riferisce pure un responso di Papiniano, convenga supporre che la vendita sia stata conclusa dal pupillo « tutore auctore ». Il testo per verità dice che « impuberis nomine tutor vendiderit » e si potrebbe credere che il tutore abbia figurato nel contratto come venditore. Ma noi conosciamo l'uso delle nostre fonti, le quali del tutore che contrae direttamente dicono che agisce « suo nomine »[5]). I termini adoperati nel frammento che stiamo studiando non sono dunque contrari all'interpretazione che il tutore siasi limitato a prestare l'auctoritas[6]).

[1]) Ho scelto questa espressione per evitare un malinteso. Ma avrei potuto, rispetto al tutore, parlare di responsabilità extracontrattuale anche nella seconda serie di casi. Infatti si deve ritenere che il negozio sia stato concluso dal servus pupilli e nel caso del deposito dal pupillo « tutore auctore » o dalla persona di cui questi è l'erede, sicchè dal tutore deriva soltanto il dolo che impedisce al pupillo debitore l'adempimento dell'obbligazione.

[2]) La regola giulianea si riferisce soltanto ai delitti.

[3]) Vedi sopra Parte II, capo II, num. 13.

[4]) Come d'altra parte il dominus non può agire contro il venditore, se il procuratore, che ha comperato, non gli cede la sua azione (l. 49 § 2 D. 41. 2 – PAPINIANUS *l. 2 definitionum*; vedi sopra loc. cit.).

[5]) Cfr. l. 9 pr. D. 26. 7 (Ulp. 36 ad ed.).

[6]) Veggasi per l'uso dello stesso linguaggio da parte di Papiniano la l. 45 § 1 D. 45. 1 e le osservazioni da noi esposte in Parte I, num. 7. A dubbiezze simili dà luogo anche la l. 22 pr. D. 21. 2:

Men facile è accordare questa tesi con la frase finale « neque enim male contrahitur cum tutoribus »[1]). Papiniano dava l'azione contro il pupillo « in id demum quod rationibus eius accepto latum est »; Ulpiano lo fa convenire per l'intero « si tutor solvendo non sit » e porta quel motivo « neque male contrahitur cum tutoribus ». Ma esso avrebbe il torto di provar troppo, se dovesse alludere ai negozi conclusi coi soli tutori. Se i terzi acquistassero il diritto di tener responsabile il pupillo anche delle colpe o delle frodi di costoro, a molto maggior ragione dovrebbero poter rivolgere contro l'impubere le pretese che il contratto genera normalmente. Invece ciò non accade: è necessaria l'infanzia o l'assenza del pupillo perchè possa darsi contro di lui l'actio utilis. O bisogna pertanto intendere le parole « neque male contrahitur cum tutoribus » nel senso che giustamente si contratta coi tutori autorizzanti il pupillo, o bisogna supporre che il testo originale dicesse « neque male contrahitur tutoribus *auctoribus* » e che Triboniano abbia cancellato la menzione dell'auctoritas.

In questa idea ci potrebbe confermare un rilievo del Lenel[2]). Egli ritiene che Ulpiano trattasse dell'actio auctoritatis. Tale ipotesi mostrerebbe la ragione prima che ha indotto i compilatori a mettere la mano nel nostro frammento. Essi volevano sopprimere il ricordo di un istituto antiquato, l'actio auctoritatis. In ciò fare chi sa che non sia venuta loro alla mente l'actio utilis e, non avvertendo che qui il pupillo ha contrattato ed è obbligato direttamente, abbiano attribuito all'azione un nome che non le spetta? Così si potrebbe spiegare perchè l'azione sia chiamata utilis. La qualifica sarebbe dovuta ai compilatori, ai quali è piaciuto di introdurre nel passo un'applicazione della loro actio utilis, che essi accordano illimitatamente.

Pomponius *l. 1 ex Plautio*: « Si pro re pupilli quam emit litis aestimationem tutor non ex pecunia pupilli, sed ex suo praestiterit, stipulatio de evictione pupillo adversus venditorem committitur ».

« Si pro re pupilli quam emit... tutor... praestiterit » farebbe ritenere che il soggetto di « emit » sia *tutor*, ed allora bisognerebbe attribuire al tutore, secondo ogni verosimiglianza, anche la conclusione della stipulatio de evictione. In questo caso come si potrà giustificare la decisione « stipulatio... pupillo... committitur »?

[1]) Inammissibile è, a mio avviso, l'interpretazione propostane dal v. Tuhr, *Actio de in rem verso*, p. 312, n. 26.

[2]) *Palingenesia*, II, p. 630, n. 3.

Ma è possibile un'altra spiegazione, che forse merita di essere preferita. Infatti l'actio auctoritatis è diretta al doppio del prezzo di vendita [1]) e può dubitarsi che il giureconsulto si spingesse fino al punto di ammetterla contro il pupillo « duplo tenus ». Che il danno dell'evizione debba ricadere sul pupillo, anzichè sul terzo che non ha alcuna colpa di aver contrattato regolarmente con l'assistenza dei tutori, è un principio accettabile, ma non è altrettanto equo che il compratore abbia a lucrare il di più che eventualmente può essere contenuto nel doppio del prezzo in confronto del danno effettivamente subìto Non è perciò improbabile che l'esigenza di limitare l'obbligo del pupillo al risarcimento dell'id quod interest si sia tradotta in qualche modo nella formula. Insomma si può anche ammettere che l'actio utilis fosse già nell'opera originale e supporre che i compilatori l'abbiano identificata con l'actio utilis che altri luoghi trasferiscono dal tutore al pupillo, magari perchè tratti in inganno dal testo, che non chiariva abbastanza la parte avuta dal tutore nella conclusione del contratto. Ossia, partendo dall'ipotesi che l'actio utilis sia genuina, noi non dovremmo più contestare il tenore dell'argomento addotto da Ulpiano « neque enim male contrahitur cum tutoribus », ma credere che in questi medesimi termini esso significasse già per il giureconsulto classico che i terzi contrattano regolarmente con l'intervento dei tutori.

Qualunque cosa si voglia pensare di queste supposizioni, sulla questione esaminata da Ulpiano non possono nascere dubbi. Poichè la colpa di aver permesso la vendita di una cosa, che non apparteneva al pupillo, è dei tutori ed il fatto di costoro non deve nuocere al pupillo, Papiniano voleva che fosse obbligato a restituire solamente il prezzo da lui ricevuto. Ulpiano ne estendeva la responsabilità fino all'intero, allorchè il tutore fosse insolvibile, dietro la considerazione, assai giusta, che nessun rimprovero poteva farsi al terzo di aver contrattato con l'impubere « tutore auctore » e però non doveva soffrirne danno [2]). Certo è che il testo non riguardava il caso che si fosse con-

[1]) Cfr. PAULUS, *R. S.*, II. 17. 3.

[2]) Cadono qui in acconcio le sagge considerazioni della l. 24 § 1 D. 4. 4.

PAULUS *l. 1 sententiarum*: « Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo huius aetatis homines adficiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicetur ... ».

trattato direttamente col tutore: altrimenti la pretesa di tener responsabile il pupillo sarebbe stata contraria ai principii e non sarebbe stata riconosciuta da Ulpiano, il quale è presumibile che almeno nello stesso libro della medesima opera (32 ad edictum) non risolvesse con criteri diversi un identico caso.

10. Largamente rimaneggiata è la l. 4 § 23 D. 44. 4.

> ULPIANUS *l. 76 ad edictum*: «Illa etiam quaestio ventilata est apud plerosque, an de dolo tutoris exceptio pupillo experienti nocere debeat. Et ego puto utilius, etsi per eas personas pupillis favetur, tamen dicendum esse, sive quis emerit a tutore rem pupilli sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere, nec illud esse distinguendum, cautum sit ei an non, solvendo sit an non tutor, dummodo rem administret: unde enim divinat is, qui cum tutore contrahit? Plane si mihi proponas collusisse aliquem cum tutore, factum suum ei nocebit .

Le varie ipotesi, per cui si dà l'exceptio doli, sono male accostate. L'ultima, che ha l'aria di voler abbracciare i casi non compresi nelle prime due:

> «sive dolo quid tutor fecerit et ex eo pupillus locupletior factus est».

stringe poco o nulla. Infatti, tolte le alienazioni e i negozi obbligatori, dove potrebbe esercitarsi il dolo del tutore in modo da essere eccepito contro un'azione del pupillo?[1]). Non s'invochi la l. 11 pr. D. 44.4[2]), la quale permette di eccepire contro il tutore «qui pupilli nomine aget» il dolo attuale del tutore stesso, vale a dire il dolo di cui si

[1]) Non si può nemmeno pensare a modificazioni prodotte dal dolo del tutore nel diritto già esercibile contro il pupillo (ll. 1 e 3 D. 26. 9 citt.), perchè il diritto secondo la l. 4 § 23 dovrebbe appartenere al pupillo ed essere paralizzato dall'exceptio doli.

[2]) NERATIUS *l. 4 membranarum*: «Si procurator agit, de dolo eius excipi non debet, quia aliena lis est isque rei extraneus, neque alienus dolus nocere alteri debet. Si post litem contestatam dolo quid fecerit, an exceptio eo nomine in iudicium obicienda sit, dubitari potest, quia litis contestatione res procuratoris fit eamque suo iam quodammodo nomine exequitur. Et placet de procuratoris dolo excipiendum esse. Idem de tutore, qui pupilli nomine aget, dicendum est».

rende responsabile nella contestazione della lite. Nella l. 4 § 23 agisce il pupillo, e il dolus tutoris, che paralizza l'azione a lui competente, dovrebbe essere anteriore alla contestazione della lite. Dovrebbe togliere efficacia all'azione con cui l'impubere reclama qualche cosa e nondimeno dovrebbe arricchirlo! Un vero miracolo![1]) Come può il pupillo essersi di già arricchito, se solamente ora agisce per ottenere ciò che a causa del dolo gli viene negato?

Mettiamo pure che la locupletazione ci sia. Altre difficoltà provengono dal seguito del passo.

> « Nec illud esse distinguendum, cautum sit ei an non, solvendo sit an non tutor ».

È assurdo che nasca a favore del pupillo un credito contro il tutore, perchè egli ha dovuto restituire al terzo l'arricchimento procuratogli dal dolo del tutore. Sarà mai vero che questi debba indennizzare il pupillo perchè non ha potuto conservare il frutto del suo delitto? E se a lui non compete alcun credito contro il tutore, per quale ragione si cercherebbe se il tutore sia solvibile o no, se il pupillo sia garantito o no dalla satisdatio rem salvam fore?

Queste considerazioni persuasero già il Keller[2]) che la frase « et ex eo pupillus locupletior factus est » sia un'interpolazione senza senso. Ma anche l'ipotesi, a cui questa frase direttamente si collega, « sive dolo quid tutor fecerit », in quanto contrappone al dolo occorso nelle alienazioni (« sive quis emerit a tutore rem pupilli ») e nei contratti (« sive contractum sit cum eo in rem pupilli ») il dolo che non si sa in quali circostanze dovrebbe intervenire, è dubbio se non sia una generalizzazione poco meditata dei compilatori[3]).

Per le alienazioni compiute dal tutore abbiamo la decisione di Paolo nella l. 12 § 1 D. 26. 7:

> PAULUS *l. 38 ad edictum*: « Quae bona fide a tutore gest sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani et Hadriani: et

[1]) Nella l. 15 pr. D. 4. 3 cit. l'arricchimento del pupillo è condizione per la concessione dell'actio doli e non per l'ammissione dell'exceptio. Che Ulpiano argomenti da questa l'ammissibilità dell'azione è giusto, perchè l'eccezione serve ad impedire quell'arricchimento che con l'azione si è costretti a restituire.

[2]) *Pandekten*, II, p. 301, n. 26.

[3]) Il MOMMSEN nell'edizione maggiore propone di leggere « *si* dolo quid tutor fecerit » in luogo di « *sive* dolo rell. ».

ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest: nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente. Nec interest, tutor solvendo fuerit nec ne, cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit, si mala fide, alienatio non valet ».

Sono valide quelle consentite in buona fede, nulle le altre; e perciò, aggiunge il giureconsulto, non è luogo a distinguere se il tutore sia solvibile o meno [1]) Invece la l 4 § 23 accorda contro il pupillo agente l'exceptio doli, e quindi la vindicatio della cosa alienata dolosamente dal tutore è inefficace. Il risultato è proprio l'opposto di quello proclamato da Paolo: « alienatio non valet ».

Certamente anche questo giureconsulto riteneva che il pupillo dovesse restituire al compratore il prezzo di cui si fosse arricchito [2]); e un tale rimborso si consegue con l'exceptio doli. Ma il dolo fatto valere non è del tutore, sibbene del pupillo che non restituisce l'arricchimento. In tale ipotesi la condizione che il pupillo « locupletior factus est » è pertanto un requisito necessario all'ammissibilità dell'exceptio; oziosa è l'indagine sulla solvibilità del tutore. Sopra tutto è fuor di proposito la citazione del caso da noi immaginato in un

[1]) Cfr. inoltre l. 16 D. 13. 7 (Paul. 29 ad ed.) e l. 11 D. 27. 10 (Paul. 7 ad Plautium) per il pegno della cosa pupillare; l. 22 D. 26. 7 (Paul. 3 ad ed.) per la novatio e la deductio in iudicium. Del medesimo avviso era Giuliano: cfr. l. 7 § 3 D. 41. 4 (Iulianus 44 digest.), l. 22 D. 40. 4 (Africanus 9 quaest.). Vedi ancora Diocleziano nella l. 16 C. 5. 37 (a. 293).

[2]) Cfr. l. 13 § 1 D. 27. 9:

PAULUS *libro singulari ad orationem divi Severi*: « Quamquam autem neque distrahere neque obligare tutor pupillare praedium possit, attamen Papinianus libro quinto responsorum ait tutorem pupilli sine decreto praetoris non iure distrahere: si tamen, inquit, errore lapsus vendiderit et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino praedium cum fructibus vindicanti doli non inutiliter opponitur exceptio pretium ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris eius facultatibus aes alienum solvi non poterit. Ego autem notavi: etsi solvi potuerit, si tamen illae res salvae erunt, ex quarum pretio aeri alieno satisfieri potuit, dicendum est adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno ».

Cfr. l. 7 § 1 D. 27. 10 (Iulianus 21 digest.); l. 7 § 5 D. 27. 9 (Ulp. 35 ad ed.); l. 14 C. 5. 71 (Imp. Diocletianus - a. 293); l. 16 C. eod. (Imp. Diocletianus - a. 294); e in generale per l'accettazione del pagamento Gai. II. 84; l. 4 § 4 D. 44. 4 (Ulp. 76 ad ed.); l. 4 D. 44. 1 (Paul. 20 ad ed.); l. 15 D. 46. 3 (Paul. 6 ad Sab.); l. 47 pr. D. eod. (Marcianus 4 regularum); l. 66 D. eod. (Pomponius 6 ex Plautio).

commento sull'exceptio de dolo tutoris. Tutto ciò prova che, se l'inciso « sive quis emerit a tutore rem pupilli » faceva parte della trattazione originale di l. 4 § 23 [1]), doveva esservi più armonicamente coordinato con le altre ipotesi e gli altri ragionamenti.

Resta il caso che riguarda più da vicino il nostro studio: « sive contractum sit cum tutore in rem pupilli ». È appena necessario rilevare che, se il contratto fosse stato concluso col solo tutore, il pupillo non potrebbe intentare che l'azione cedutagli dal tutore o l'actio utilis. In entrambe le ipotesi, poichè l'intentio è a nome del tutore, egli deve subire le stesse eccezioni che sarebbero opponibili al titolare dell'azione. Non è certo per codesti casi che Ulpiano può aver discusso la questione esaminata nella l. 4 § 23; essi non offrono materia di dubbi. Solo quando il pupillo ha preso parte al contratto ed ha un'azione in nome proprio si può chiedere se egli debba essere respinto con l'eccezione del dolo commesso dal tutore. Ed al quesito probabilmente si deve rispondere che l'exceptio doli nuoce, a meno che non vi sia stata collusione fra il terzo ed il tutore. Quesito e risposta erano originariamente nel testo ulpianeo?

Vi sono nel passo indizi che appoggiano questa congettura ed altri che l'ostacolano. Così, per cominciare da un dato apparentemente contrario, si potrebbe notare che la frase « contractum sit cum eo (tutore) in rem pupilli » si attaglia poco bene alla spiegazione sopra accennata. Non ci sarebbe motivo di rilevare che il contratto si riferisce alla gestione pupillare, « in rem pupilli », allorchè il tutore vi interviene per prestare l'auctoritas. Il bisogno di constatare un tale rapporto esiste unicamente quando il tutore contratta esso stesso. Sicchè le parole adoperate dal giureconsulto non esprimereb-

[1]) Un argomento per ritenere di sì è il § 24, che prevede un'alienazione compiuta dal protutor.

« Si quis non tutor, sed pro tutore negotia gerat, an dolus ipsius noceat pupillo, videamus. Et putem [*et Celsus putat.* KRÜGER ad h. l.; cfr. l. 2 D. 27. 5] non nocere: nam si is, qui pro tutore negotia gerebat, rem vendiderit et usucapta sit, exceptionem non nocere pupillo rem suam persequenti, etiamsi ei cautum sit, quia huic rerum pupilli administratio concessa non fuit ».

Si deve leggere « *nec* usucapta sit »: cfr. l. 2 D. 27. 5 (Celsus 25 digest.). Così KELLER, loc. cit.; RUDORFF, *Vormundschaft*, II, p. 385, n. 7; LENEL, *Palingenesia*, II, p. 864, n. 2.

bero adeguatamente il caso, per il quale invece la discussione sarebbe giustificata. Ma è favorevole alla congettura che il giureconsulto si riferisse all'auctoritas e di gran lunga più importante la circostanza che la condizione, da cui è fatta dipendere l'ammissibilità dell'exceptio doli, - « dummodo rem administret » -, richiama manifestamente una regola circa l'auctoritas, che si può vedere nella l. 4 D. 26 8.

> Pomponius *l. 17 ad Sabinum*: « Etsi pluribus datis tutoribus unius auctoritas sufficiat, tamen si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet. Et ideo puto verius esse, quod Ofilio placebat, si eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, emam a pupillo sciens alium eius tutelam gerere, dominum me non posse fieri: item si eo auctore emam, qui a tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi ».

Posto che Ulpiano si occupasse del contratto concluso « tutore auctore », non ci sarebbe da sofisticare sul ragionamento con cui accompagna la sua decisione. Sarebbe d'uopo intendere le parole « unde enim divinat is qui cum tutore contrahit? » nello stesso senso in cui, a nostro avviso, dovrebbero esser prese le voci « neque enim male contrahitur cum tutoribus » della l. 4 § 1 D. 21. 2. Bisognerebbe cioè ritenere che il giureconsulto esoneri da ogni ricerca sulla solvibilità del tutore e sull'esistenza della cautio chi contratta col pupillo munito dell'auctoritas del tutore a cui è affidata l'amministrazione. La decisione sarebbe giusta, ma occorre un vero *tour de force* per negare che le parole alludano chiaramente ad un contratto concluso col solo tutore.

Che se poi riteniamo che il contraente sia il tutore, ci attendono ulteriori travagli. Il ragionamento, che la l. 4 § 23 attribuisce ad Ulpiano, si applica non solo al contratto obbligatorio (volendo ad esso riferire le parole « sive contractum sit cum eo in rem pupilli »), ma anche all'alienazione « sive quis emerit a tutore rem pupilli ». Con lo stesso motivo è giustificata l'identica soluzione per entrambi i casi. Ora, supposto che Ulpiano miri a spiegare la responsabilità del pupillo per l'alienazione consentita dal tutore, ed il suo linguaggio si confà mirabilmente a questa ipotesi poichè ricorda quello di Paolo con cui il confronto è addirittura suggestivo:

« nec illud esse distinguendum cautum sit ei an non, solvendo sit an non tutor, dummodo rem administret: unde enim divinat is, qui cum tutore contrahit? » (Ulpiano)

« nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur... nec interest tutor solvendo fuerit nec ne » (Paolo)

noi saremmo costretti ad ammettere una divergenza di opinioni fra Paolo ed Ulpiano con questa aggravante, che le due tesi opposte sarebbero appoggiate con gli stessi argomenti. Paolo svolgeva il suo ragionamento che nessuno contratterebbe più coi tutori e ciò riuscirebbe dannoso agli stessi pupilli, se gli incapaci non fossero tenuti a rispettare gli atti compiuti dai loro legittimi rappresentanti, per concludere che potessero essere impugnate soltanto le alienazioni fatte in mala fede. Ulpiano avrebbe addotto presso a poco le stesse ragioni [1]), che il terzo deve poter contrattare in piena sicurezza col tutore e non esser costretto a giuochi di divinazione, per inferirne che il pupillo debba subire il dolo del tutore, tranne il caso di collusione. E che questa sia la dottrina di Ulpiano nel contesto attuale, è ribadito dai successivi §§ 24 e 24 *a*, in cui egli dichiara che l'impubere può rivendicare la cosa alienata da un protutor, senza temere alcuna eccezione, « quia huic rerum pupilli administratio concessa non fuit » [2]) e rafforza con la decisione data per questo caso quella sostenuta pel caso che l'alienante sia un vero tutore:

« Secundum haec magis opinor de dolo tutoris exceptionem pupillo esse obiciendam ».

In linea generale una differenza di opinione tra Paolo ed Ulpiano non sarebbe più strana di quello che sia il dissenso fra due altri giureconsulti; ma qui è inverosimile per varii motivi. In primo luogo la dottrina di Paolo era conforme ai rescritti di Traiano ed Adriano:

« quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani et Hadriani ».

[1]) Similmente nella l. 7 § 8 D. 4. 4 (Ulp. 11 ad ed.): «... quod circumspecte erit faciendum: ceterum nemo accedet ad emptionem rerum pupillarium, nec si bona fide distrahantur ». Ma la frase appartiene ad un brano interpolato: cfr. Eisele, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.*, 30, p. 108 sgg.

[2]) Cfr. l. 8 pr. D. 27. 9 (Ulp. 2 de omn. tribunalibus).

Secondariamente dalle ll. 5 § 2-4 D. 26. 8 e 3 pr. D. 26. 7 appare che Ulpiano professava la stessa opinione di Paolo. Dopo aver detto nel § 2 della l. 5 (40 ad Sabinum) che il tutore non può fungere in pari tempo da compratore e venditore ma può comperare dal pupillo con l'auctoritas del contutore, il giureconsulto avverte:

« Sed si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti ideoque nec usucapere potest ».

Nel § 3 nega la validità della compera per interpositam personam

« quia non bona fide videtur rem gessisse: et ita est rescriptum a divo Severo et Antonino ».

E infine nel § 4:

« Sane si ipse quidem emit palam, dedit autem nomen non mala fide sed simpliciter, ut solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi, valet emptio: quod si callide, idem erit, ac si per interpositam personam emisset ».

Tutto ciò esclude che il pupillo debba sopportare le conseguenze del dolo del proprio tutore.

Nella l. 3 pr. D. 26. 7:

ULPIANUS *l. 35 ad edictum*: « Si plures curatores dati sunt, Pomponius libro sexagesimo octavo ad edictum scripsit ratum haberi debere etiam quod per unum gestum est: nam et in furiosi curatoribus, ne utilitates furiosi impediantur, praetor uni eorum curationem decernet ratumque habebit, quod per eum sine dolo malo gestum est »

si discorre, è vero, di curatori, ma, oltre che si potrebbe sospettare che « curatores » stia al posto di « tutores » [1]), è certo ad ogni modo che Pomponio ed Ulpiano non potevano affermare per il curatore del furioso che « praetor ratum habebit quod per eum sine dolo malo

[1]) Il giureconsulto argomenta dal caso di più curatori assegnati al furioso, « *nam et* in furiosi curatoribus »; e quest'argomentazione sarebbe anche più calzante, se l'ipotesi, a cui si vuole applicarla, fosse « si plures *tutores* dati sunt ». Cfr. in LENEL, *Palingenesia*, *Ulpianus* 993, sotto la rubrica « de administratione et periculo tutorum ».

gestum est » e altrettanto ammettere per i curatori in genere senza ritenere lo stesso effetto anche per il tutore [1]).

L' alterazione della l. 4 § 23 D. 44. 4 è dalle osservazioni premesse dimostrata fino all' evidenza [2]). E, pur astenendoci da una ricostruzione del testo originale, possiamo sicuramente concludere che la interpolazione fu determinata dalle vedute proprie dei compilatori sulla rappresentanza. Così dei negozi giuridici come degli atti illeciti del tutore nell'amministrazione della tutela deve rispondere il pupillo, per lo meno limitatamente all' arricchimento: si eccettua soltanto la ipotesi della collusione [3]).

11. Mi accingo ora alla disamina di alcuni testi, dei quali mi sono dovuto occupare ad altro proposito, omettendo tuttavia di considerarli sotto l'aspetto per cui interessano il presente studio. E purtroppo di tale lacuna ebbe a soffrire la mia esegesi.

La l. 10 § 5 D. 42. 8:

> Ulpianus *l. 73 ad edictum*: « Ait praetor ' sciente te ', id est eo qui convenietur [hac actione] *hoc interdicto*. Quid ergo, si forte tutor pupilli scit, ipse pupillus ignoravit? Videamus an [actioni] *interdicto* locus sit, ut scientia tutoris noceat: idem et in curatore furiosi et adulescentis. Et putem hactenus istis nocere conscientiam tutorum sive curatorum, quatenus quid ad eos pervenit »

accorda l' azione revocatoria (nel testo originale l' interdictum fraudatorium) contro il pupillo [4]) fino a concorrenza dell' arricchimento

[1]) Sulla l. 8 D. 26. 1 (Ulp. l. 1 opinionum), la quale ribadisce l'identità dell'opinione di Ulpiano con quella di Paolo circa l'efficacia delle alienazioni consentite dal tutore, vedi più avanti il num. 12.

[2]) Sull'uso giustinianeo del «sive» nella enumerazione dei varii casi a cui si applica una data norma cfr. Eisele, *Beiträge zur röm. Rechtsgesch.*, p. 241.

[3]) Nel qual caso anzi il pupillo ha l'actio tutelae contro il tutore e, se questi è insolvibile, l'actio doli contro il terzo: cfr. l. 5 D. 4. 3 (Ulp. 11 ad ed.).

[4]) La stessa questione è proposta e risoluta in modo identico per il curator furiosi et adulescentis. Nella mia *Revoca degli atti fraudolenti*, p. 82. n. 4, io ho sospettato che la frase «idem et in curatore furiosi et adulescentis» fosse interpolata. Le ragioni ivi addotte non mi sembrano più sufficienti per dimostrare specificamente l'origine emblematica di quelle parole; ma sono anche oggi di avviso che il § 5 sia stato rimaneggiato e sopra tutto accorciato dai compilatori. Il che, già prima di me, era stato avvertito dal Grützmann, *Das Anfechtungs-*

« si forte tutor pupilli scit, ipse ignoravit » [1]). Contrariamente a ciò che ho scritto altra volta [2]), sono ora convinto che l'acquisto fraudolento debba compiersi dal pupillo con l'auctoritas del tutore [3]). Altrimenti l'interdetto competerebbe contro il tutore ed il pupillo sarebbe esonerato da qualsiasi responsabilità, come lo è il dominus quando l'atto è posto in essere dal procurator.

L. 25 § 3 D. 42. 8:

> VENULEIUS *l. 6 interdictorum*: « Si procurator [ignorante domino] [4]), cum sciret debitorem [eius] [5]) fraudandi cepisse consilium, iussit servo ab eo accipere [hac actione] *hoc interdicto* ipse tenebitur, non dominus ».

Per verità io ho sostenuto [6]) che il dominus dovesse almeno restituire l'arricchimento e che il caso del § 3 non differisse essenzialmente dai casi studiati nei paragrafi precedenti, dove, oltre la

recht, p. 65, n. 213: « evidentemente la l. 10 § 5 nel testo originale conteneva una approfondita discussione del caso in esame; oggi la rapida e breve conclusione del passo subito dopo un'introduzione, che si rifà da lontano ed è piena di promesse, suscita addirittura un'impressione comica ».

[1]) Anche Paolo 12 ad ed. nella l. 6 D. 27. 6, commentando l'editto che accorda la restitutio all'attore il quale inconsapevolmente abbia contestato la lite con un falsus tutor, e supponendo precisamente che un pupillo abbia agito contro un altro pupillo, scrive: « pupilli scientia computanda non est, tutoris eius computanda est rell. ».

[2]) *Revoca* cit. p. 82, dove ritenevo che l'acquisto fosse stato fatto dal tutore per conto del pupillo. Cfr. nello stesso senso ZÜRCHER, *Die actio paulliana*, p. 38; SCHÖNEMANN, *Die paulianische Klage*, p. 38 testo e n. 9; OTTO, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen*, p. 126; GRÜTZMANN, op. cit., p. 65.

[3]) La soluzione, che io davo in *Revoca*, p. 84, n. 2, pel caso che il negozio sia stato concluso « tutore auctore » è esatta. I creditori defraudati non hanno azione contro il tutore, perchè il tutore, che interpone l'auctoritas, non contrae alcuna responsabilità verso i terzi, ma possono pretendere dal pupillo l'arricchimento. E, argomentando dalla l. 3 pr. D. 14. 4 cit., soggiungevo che fosse altresì applicabile al nostro caso la decisione di Pomponio, il quale « si solvendo tutor sit, ex dolo eius pupillum teneri scripsit ». Il mio torto è di aver creduto che il caso non fosse previsto dalle fonti, mentre proprio ad esso deve riferirsi la l. 10 § 5, come opinano SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, II, p. 59; BREZZO, *La revoca degli atti fraudolenti*, p. 159; e, mi sembra, anche MAIERINI-GIORGI, *Della revoca degli atti fraudolenti*, p. 182 sgg.

[4]) Per l'interpolazione cfr. *Revoca*, p. 87.

[5]) Cfr. *Revoca*, p. 252.

[6]) *Revoca*, p. 87 sgg. Della stessa opinione è MITTEIS, *Stellvertretung*, p. 293, il quale argomenta dalle ll. 15 pr. D. 4. 3 e 3 § 1 D. 14. 4 citt. Meglio ispirato è

responsabilità della persona che ha preso parte direttamente all'atto fraudolento, si afferma anche quella di altre persone che ne trassero vantaggio Ma ho errato [1]), perchè non ho riflettuto che, mentre l'acceptilatio ottenuta dal fideiussore libera necessariamente il debitore principale e la costituzione della dote fatta al marito procaccia alla moglie l'actio rei uxoriae, l'acquisto del procurator non profitta direttamente ed immediatamente al dominus. La proposizione « ipse tenebitur, non dominus » appartiene dunque a Venuleio, il quale non aveva alcun motivo di prendere in esame l'ipotesi dell'arricchimento [2]).

Nella l. 6 § 10 D. 42. 8:

> Ulpianus *l. 66 ad edictum*: « Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum, Labeo ait omnimodo revocandum, si fraudati sint creditores, quia pupilli ignorantia, quae per aetatem contingit, non debet esse captiosa creditoribus et ipsi lucrosa: eoque iure utimur »

l'atto fraudolento è intervenuto col pupillo e questi deve subire la revoca. Il passo è peraltro assai difficile.

Gli interpreti discutono se il giureconsulto intenda parlare soltanto degli atti a titolo gratuito o anche degli atti a titolo oneroso; ed io stesso ho scritto qualche pagina su tale argomento [3]), che ora non ci interessa e che ad ogni modo ha un'importanza molto secondaria di fronte al fatto, veramente grave, che Labeone chiami il pupillo di qualunque età a rispondere della fraus creditorum e a risponderne, si badi bene, per l'intero.

Hellmann, *Stellvertretung*, p. 125 appaiando la l. 25 § 3 D. 42. 8 con la l. 4 D. 43. 5 cit.

[1]) In quanto cercavo nella l. 25 § 3 la soluzione ad un quesito che essa non si proponeva e non aveva ragione di proporsi. Tuttavia è da credere che il principale potesse essere convenuto con l'interdetto, se ed in quanto egli rivestisse la qualità di successore a titolo singolare del procuratore primo acquirente, vale a dire sotto le condizioni e nei limiti in cui è tenuto il terzo mediato. Cfr. la mia *Revoca*, cap. VII, num. 4 e cap. IV, num. 3.

[2]) Neppure deve turbarci la circostanza che chi contrae col fraudator è il servo, perchè, avendo egli compiuto il delitto per ordine di chi fa le veci del padrone, è considerato come un mero strumento della volontà altrui, e non si fa luogo all'azione nossale. Cfr. Pampaloni, *Studi sopra il delitto di furto*, II, p. 16.

[3]) Cfr. *Revoca*, p. 83 sgg.

Con la comune opinione anch'io credevo di poter sottintendere nella l. 6 § 10 il limite dell'arricchimento, traendolo dal motivo addotto «quia pupilli ignorantia... non debet esse... ipsi lucrosa». Ma, poichè al tempo di Labeone non era stata ancora accolta la regola che il pupillo si obblighi nella misura dell'arricchimento, l'atto che egli avesse concluso col fraudator, fosse di sua natura oneroso o gratuito, per lui costituiva sempre un lucro, attesochè l'impubere nè rimaneva obbligato nè perdeva il diritto dato in cambio. Quindi la motivazione labeoniana non include limite di sorta; essa constata semplicemente che ogni acquisto fraudolento è un lucro, che il pupillo farebbe se non fosse tenuto a restituire.

La dottrina di Labeone in ordine alla responsabilità degli impuberi per i delitti risulta abbastanza chiaramente dalle fonti ed è assai bene illustrata dal Pernice [1]). Il celebre caposcuola non distingueva diversi gradi di incapacità, ma trattava tutti gli impuuberi allo stesso modo; e cioè li dichiarava tutti tenuti per il furtum e per il damnum iniuria datum [2]), nessuno per il dolo [3]) e probabilmente per il furtum ope consilio [4]). E la differenza, come nota il Pernice, è spiegabilissima, perchè il furto e il danneggiamento sono mancanze molto più evidenti che non il dolo o la complicità nel delitto. Ciò posto, la fraus creditorum dovrebbe essere parificata al dolo. Quando il Pernice dice che nella l. 6 § 10 D. 42. 8 l'azione è data soltanto per considerazioni di equità, non giustifica il diverso trattamento, giacchè per equità si sarebbe potuta dare contro l'impubere se non l'a. doli, che è infamante, un'actio in factum, e certo il motivo fatto valere potrebbe applicarsi a qualsivoglia azione ex delicto Si elimina codesta incongruenza nella dottrina di Labeone, ritenendo che la decisione del giureconsulto dipenda dall'essere la revoca ottenuta per mezzo della restitutio in integrum. Se a tal uopo si fosse intentata un'azione ex delicto, Labeone non avrebbe potuto superare tanto facilmente

[1]) *Labeo*, I, p. 217 sgg. Cfr. anche Buhl, *Salvius Iulianus*, p. 163

[2]) Cfr. l. 5 § 2 D. 9. 2 (Ulp. l. 18 ad ed.).

[3]) Cfr. l. 13 § 1 D. 4. 3. (Ulp. l. 11 ad ed.).

[4]) Cfr. l. 23 D. 47. 2 (Ulp. l. 41 ad Sab.). Qui Labeone nega che sia tenuto l'impubere per complicità nel delitto di furto. Il Pernice loc. cit. ed altri accennano ad un'alterazione del passo; ma il Pampaloni, op. cit., II, p. 7 n. 19 è d'avviso che, sebbene la legge abbia risentito molto dell'opera de' compilatori, l'alterazione non riguardi le parole «nec ope impuberis furto facto teneri eum»

l'ostacolo della clausola edittale «cum eo qui fraudem non ignoraverit»; ma, trattandosi di restitutio, le cose procedono diversamente.

Come la l. 6 § 10 D. 42. 8, messa in correlazione con le teorie labeoniane sulla capacità dell'impubere circa i delitti, giovi a suffragare l'opinione, da me combattuta, che fra i mezzi classici contro la fraus creditorum annovera anche la restitutio in integrum, non è chi non veda. Io segnalo codesto argomento, a noi tutti prima sfuggito, tanto più volentieri, in quanto anche per altri motivi sono tratto oggi a dubitare della mia vecchia tesi.

12. I passi sopra studiati riguardano l'ipotesi che il pupillo da solo o con l'auctoritas del tutore abbia contrattato col fraudator. Ma dobbiamo considerare anche l'ipotesi inversa, che il pupillo diminuisca il suo patrimonio in frode dei creditori. Va da sè che la sua capacità a concepire il consilium fraudis si determinerebbe allo stesso modo che la sua capacità al dolo; per altro il problema non sorge, perchè i creditori non possono essere lesi da un'alienazione, che è nulla quando è compiuta dal solo pupillo. Occorre che l'atto fraudolento sia posto in essere con l'auctoritas del tutore, e allora la revocabilità dipenderà dal consilium fraudis di costui[1]).

Dove il dubbio diventa grave, è quando il tutore da solo ha compiuto l'alienazione fraudolenta. Parrebbe, se si stesse alla l. 10 § 11 D. 42. 8, che i creditori potessero far revocare gli atti del tutore non altrimenti che quelli del pupillo.

> Ulpianus *l. 73 ad edictum*: « Si impubes patri heres extiterit eiusque mortui bona veneant, separatione impetrata utriusque fraus erit revocanda, pupilli vel etiam tutoris, item curatoris ».

[1]) Cfr. la l. 24 D. 42. 8 (Scaevola l. singulari quaest.) la quale, premesso che «pupillus uni creditorum solvit», studia gli effetti del pagamento nell'ipotesi che il creditore «acceperit *per gratificationem tutorum*»; e la l. 6 § 1-2 D. 42. 5 (Paulus l. 58 ad edictum), la quale egualmente suppone che «pupillus aliquid gesserit, quibusdam creditoribus solverit» e poi nel decidere sulla ripetibilità del pagamento cerca se «*gratificatus tutor solvit*». Bisogna perciò intendere con discrezione le parole della l. 6 § 1 cit. «si pupillus aliquid gesserit, servandum est, utique *si bona fide gessit*» e la locuzione analoga della l. 44 D. 29. 2 (Iulianus l. 47 digest.) «rata haberi debent, quaecumque *pupillus bona fide gesserit*». Queste espressioni non escludono che sia intervenuta l'auctoritas tutoris e che la buona fede si valuti con riguardo al tutore.

Ma io sospetto che la l. 10 § 11 sia interpolata e più largamente che non si sia finora pensato. Le parole « item curatoris » sono ritenute un glossema dal Fabro [1]; il Mommsen propone di sostituirvi « itemque patris » e la necessità di questa correzione si evince da tutto il contesto, che altrimenti non darebbe un senso plausibile [2]. Altrove io ho supposto che la menzione del curator fosse interpolata e che l' emblema si dovesse alla particolare compiacenza che Triboniano mette nell' affermare ad ogni occasione l' equiparazione del curator col tutor. L' idea non è sbagliata; peraltro essa spiega soltanto come i compilatori siano stati attratti a ricordare il curator in un luogo in cui potevano avere qualche ragione di richiamare il tutor, ma avrebbero dovuto riflettere che vi si trattava di un impubere e che il curator non c' entrava davvero.

Probabilmente Ulpiano non parlava nemmeno del tutore, poichè esso si era limitato ad interporre l' auctoritas In caso contrario, se cioè il tutore avesse compiuto l' atto fraudolento, questo sarebbe stato nullo, secondo la dottrina categoricamente enunciata da Paolo nella l. 12 § 1 D. 26. 7 e presumibilmente, per quanto ci è dato di sapere, accolta anche da Ulpiano [3]. Dovendosi però escludere una differenza di opinioni fra i due giureconsulti classici, è forza ritenere che il passo di Ulpiano sia stato alterato. Infatti, se l'alienazione è nulla, finisce di esser vera la proposizione « fraus erit revocanda .. tutoris », perchè i creditori immessi nei beni del pupillo hanno diritto di esercitare per mezzo del curatore le azioni che spettano al loro debitore e di rivendicare le cose che appartengono ancora al suo patrimonio [4]. Verso la congettura che si tratti piuttosto di un emblema mi spinge anche il riflesso che l' aggiunta inopportuna del « curator » e la soppressione inescusabile del « pater » non possono verosimilmente attribuirsi entrambe nè all' opera d' un glossatore nè all' errore d' un amanuense. Anche qui forse è da credere che i compilatori siano stati indotti ad un' interpolazione assai infelice dal proposito sbadatamente attuato di ribadire e consacrare la loro opinione che gli atti del tutore equi-

[1] *Contectur*. XX, 14. Il Fabro involge nel suo sospetto anche le parole « vel etiam tutoris ».

[2] Cfr. la mia *Revoca*, p. 107 sgg.

[3] Vedi sopra il num. 10.

[4] Cfr. la mia *Revoca*, p. 60 sgg.

valgano, per ogni effetto, a quelli del pupillo, in rappresentanza del quale egli agisce.

Da queste nostre ricerche, se sono esatte, scaturisce la necessità di restituire la lezione della l. 8 D. 26. 1 in modo diverso da quello solitamente proposto.

> ULPIANUS *l. 1 opinionum*: « Patronus quoque tutor liberti sui fidem exhibere debet, et si qua in fraudem debitorum quamvis pupilli liberti gesta sunt, revocari ius publicum permittit ».

Come sta ora, Ulpiano ammetterebbe la revoca degli atti fraudolenti compiuti dal patrono nella gestione della tutela sopra il pupillo liberto e se ne dovrebbe concludere che i negozi, con cui il tutore in mala fede diminuisce il patrimonio pupillare, non sono nulli, ma revocabili ad istanza dei creditori frodati.

Io invece suppongo che la parola *debitorum*, la quale è certamente errata e si vuole correggere nell' altra « creditorum » [1]), sia addirittura insiticia, per modo che Ulpiano nell' opera originale avrebbe inteso di enunciare con la frase « revocari ius publicum permittit » lo stesso concetto espresso da Paolo nella l. 12 § 1 D. 26. 7, e cioè che il ius publicum della tutela permette d' infirmare i negozi compiuti in frode del liberto dal patrono e tutore. L'osservazione « quamvis pupilli liberti » calza, perchè si poteva dubitare che, trattandosi di un liberto, il tutore patrono avesse più larghe facoltà; ma non sarebbe serio pensare che i creditori potessero essere impunemente frodati, sol perchè tutore del loro debitore è il patrono.

13. Chiuderemo questa parte della nostra monografia studiando gli effetti della mora nelle obbligazioni pupillari.

In altro punto di questo lavoro [2]), sostenendo che non costituiscono eccezione all' inammissibilità della rappresentanza nè la nuntiatio novi operis, la quale si può fare « et nostro et alieno nomine » [3]), nè la prohibitio per l' interdictum quod vi, la quale può essere com-

[1]) La correzione è appoggiata anche dai Bas. 37. 1. 8. Cfr. CUÍACII, *Observat*, 7. 40 (*Opera*, III. 192); LEUNCLAVII, *Notatorum*, II, 57 (in OTTO, *Thesaurus*, III, 1517); FABRI, *Iur. Pap.*, XIII, 1. 17.

[2]) Vedi Parte II, capo I, num. 6.

[3]) L. 1 § 3 D. 39. 1 (Ulp. 52 ad ed.).

piuta anche dal procuratore [1]), perchè in tali casi non si acquista un' actio « per liberam personam », ma la proibizione dimostra che l' avversario agisce con violenza e pertanto « facto magis tuo delinquentis quam alieno adquiritur mihi actio » e il procuratore « pristinum ius nobis conservat » e vale il principio « per procuratorem non adquirimus actiones, sed retinemus » [2]), io avvertivo che questi concetti trovano riscontro altresì nel diritto civile e citavo le ll. 24 § 2 D. 22. 1 e 24 D. 45. 1 relative alla costituzione in mora.

Orbene l' esistenza del principio, che tanto il creditore quanto il suo rappresentante [3]) possono mettere in mora il debitore, è incontestabile. Lo certifica la l. 24 § 2 D. 22. 1 nella parte non tocca dalle interpolazioni:

> PAULUS *l. 37 ad edictum*: « Mora videtur creditori [4]) fieri, sive ipsi sive ei cui mandaverat... mora facta sit, nec hoc casu per liberam personam adquiri videtur, sed officium impleri, sicuti, cum quis furtum mihi facientem deprehendit negotium meum agens [5]), manifesti furti actionem mihi parat... » [6]).

E lo conferma il Vat. 334 quando equipara la costituzione in mora alla proibizione dell' opera nuova.

Si discute se la costituzione in mora potesse avvenire in confronto del procuratore del debitore [7]). Pel procurator omnium bo-

[1]) L. 3 pr. D. 43. 24 (Ulp. 71 ad ed.).

[2]) L. 72 D. 3. 3 (Paulus 1 manualium): cfr. Vat. fr. 334 *b*.

[3]) Per il semplice gestore di negozi vedi le acute considerazioni di SIBER, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.*, 29, p. 69 sgg. Cfr. MADAI, *Die Lehre v. d. Mora*, p. 51 sgg.; WOLFF, *Zur Lehre v. d. Mora*, p. 268 sgg.; KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, I, p. 176 sgg.

[4]) Il SIBER, op. cit., p. 67 sgg. crede che nel testo genuino stesse *uxori* e vi si parlasse del trapasso dell'actio rei uxoriae agli eredi della moglie in conseguenza della mora del marito, come nei Vat. fr. 331 e 112. La stessa ipotesi era stata enunciata dal KNIEP, op. cit., I. p. 194 sgg., il quale cercava di giustificare col riferimento all'actio rei uxoriae il « sive ei qui negotia eius gerebat mora facta sit ». Inaccettabile è la spiegazione di MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, III. p. 54 (vedi contro KNIEP, op. cit., I, p. 197).

[5]) Che « negotium meum agens » non sia di Paolo pensano il MOMMSEN, *Digesta*, I. p. 639, n. 1; LENEL, *Palingenesia*, I, p. 1044, n. 1; SIBER, loc. cit.

[6]) L'interpolazione della chiusa « item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem » è dimostrata dal SIBER, op. cit., p. 67 sgg.

[7]) Cfr. MADAI, op. cit., p. 52 sgg.; MOMMSEN, op. cit., III, p. 55.

norum classico la soluzione affermativa s' impone. E ad ogni modo pel tutore non vi sono dubbi. Soltanto pare che nella l. 24 D. 45. 1 la menzione dell' interpellatio sia spuria.

> PAULUS *l. 9 ad Sabinum*: « Sed si ex stipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore aut solus tutor interpelletur ».

Il Siber[1] ha criticato l' interpellatio del pupillo « tutore auctore », poichè si farebbe intervenire l' auctoritas, destinata ad integrare la volontà dell' impubere, in un caso che non costituisce alcun negozio e in cui l' impubere non emette nessuna dichiarazione nè espressa nè tacita. Quanto la critica sia stringente io non voglio decidere. Mi sta dinanzi la l. 10 D. 39. 1:

> ULPIANUS *l. 45 ad Sabinum*: « Operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam: et ideo furioso et infanti fieri potest nec tutoris auctoritas in ea nuntiatione exigitur ».

È il « nec .. exigitur » interpolato? Altrimenti Ulpiano non vedrebbe alcuna incompatibilità concettuale tra la nuntiatio e l' auctoritas tutoris: questa è dichiarata superflua « in ea nuntiatione », perchè la notificazione ha natura reale.

Paolo alla sua volta nella l. 56 § 7 D. 21. 2:

> PAULUS *l. 2 ad edictum aedilium curulium*: « Pupillo etiam sine tutoris auctoritate posse denuntiari, si tutor non apparet, ex duplae stipulatione benignius receptum esse Trebatius ait »

riferisce una benigna giurisprudenza prevalsa già al tempo di Trebazio, secondo cui la litis denuntiatio nella stipulatio duplae poteva esser fatta al pupillo « etiam sine tutoris auctoritate, si tutor non apparet ». Dunque, se il tutore è presente, la denuntiatio deve esser fatta al pupillo assistito dal tutore; per lo meno l' auctoritas è in tal caso possibile.

Queste notizie delle fonti lasciano il dubbio che l' auctoritas non avesse soltanto la funzione d' integrare la volontà degl' impuberi nei negozi giuridici. Per asserire che i testi, i quali ammettono l' aucto-

[1]) Op. cit. p. 53 sgg.

ritas per atti d'infante, sono interpolati, si ricorre ad un argomento simile a quello con cui il Siber impugna il « tutore auctore... interpelletur » della l. 24 D. 45. 1; ed anche in quel caso le fonti, come mi pare d'aver dimostrato [1]), resistono alla critica. Fortunatamente le prove raccolte in favore della sua tesi dal Siber permettono di rinunciare a codesto indizio malsicuro e di ritenere che l'interpellatio sia un requisito della mora introdotto nel diritto giustinianeo.

Non v'ha dubbio che, se l'interpellatio fosse stata richiesta dal diritto classico, essa avrebbe potuto esser fatta al tutore [2]). Il pupillo solo non potrebbe invece ricevere un'interpellatio valida [3]), perchè l'interpellando deve essere capace di compiere il pagamento. La singolarità della decisione della l. 56 § 7 D. 21. 2 cit. è rilevata nella legge stessa [4]). Il Siber [5]) ritiene che Paolo discutesse nel testo originale della l. 24 se bastasse a produrre gli effetti della mora (perpetuatio obligationis, interessi, frutti) una colpa del pupillo. Veramente una parte del pensiero di Paolo non è nascosta affatto, anzi è esaltata, per dir così, dall'interpolazione. Il giureconsulto classico negava che il pupillo potesse per fatto suo cadere in mora: « non videbitur per eum mora fieri » [6]). Attualmente il testo dice che la mora deve imputarsi al pupillo, « si tutor interpelletur »: una conclusione strana ed esorbitante anche per il diritto giustinianeo. Il pupillo potrà essere costretto a subire le conseguenze della mora, ma non può mai esserne ritenuto colpevole. In qualunque ordinamento giuridico « non videbitur per eum mora fieri »; ma il diritto giustinianeo, come appare dall'interpolazione, decideva che, defunto Stico dopo la mora, « pupillus tenetur ». Invece Paolo dalla negazione della

[1]) Vedi la mia memoria *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti*, num. 5, nelle « Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Modena », serie III, vol. XI.

[2]) A lui nella l. 38 pr. D. 4. 4 (Paulus l. 1 decretorum) sono diretti gli inviti pel pagamento del prezzo dal creditore che aveva venduto con la lex commissoria al padre della pupilla.

[3]) Cfr. Wolff, op. cit., p. 270; Kniep, op. cit., I, p. 228.

[4]) Cfr. Madai, op. cit., p. 58, n. 123.

[5]) Op. cit., p. 56.

[6]) Cfr. anche l. 5 § 20 D. 36. 4 sulla cautio legatorum.

Ulpianus *l. 52 ad edictum*: « Cessatum non accipimus, si pupillus tutorem non habeat nec curatorem furiosus vel adulescens: nam frustratio non debet huiusmodi personis nocere, quae sunt indefensae... ».

colpa del pupillo concludeva alla negazione della perpetuatio obligationis: la morte di Stico libera il pupillo.

Ma, se non è ammessibile una mora per fatto dell'impubere [1]), resta a vedere se egli debba rispondere della mora verificatasi per colpa del tutore. La l. 24, ove si prescinda dall'emblema che include la responsabilità del pupillo, lascia aperta la questione. Essa è risoluta in senso affermativo dalla l. 78 § 2 D. 31.

> PAPINIANUS *l. 9 responsorum*: « Etiam res publica fideicommissi post moram usuras praestare cogitur, sed damnum, si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit, qui post dictam sententiam iudicatum solvere supersederunt Nec aliud servabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit [2]); ignaviam etenim praetendentes audiri non oportere. Quod in tutoribus quoque probatur ».

La città pagherà al fedecommissario le usure, ma gli amministratori dovranno risarcire al Comune il danno cagionatogli dalla inosservanza della sentenza che li condanna. I medesimi principii si applicano ai tutori.

L'Ubbelohde [3]) nota che il Comune potrebbe non risentire alcun danno, per esempio allorquando mercè prestito a frutto del denaro guadagna tanto quanto è l'ammontare degl'interessi moratorii. La osservazione è giusta, e in genere si può dire che il municipio e il pupillo non facciano che restituire l'arricchimento, se il denaro del fedecommesso sia stato volto a loro profitto in un modo qualsiasi.

[1]) La l. 127 D. 45. 1 parla di « mora a pupillo facta ».

SCAEVOLA *l. 5 quaestionum*: « Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. Esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea »,

Nell'enunciazione del caso « mora » è presa in un senso materiale, di ritardo, di indugio: infatti più sotto, dove Scevola adduce un argomento giuridico, egli riconosce che non c'è mora « nulla enim intellegitur mora ibi fieri ». (Il brano finale « esse autem rell. » è tribonianeo: il dubbio si era già affacciato al MADAI, op. cit., p. 434, n. 912).

[2]) « Nec aliud ... fuit » è interpolato, come mostra CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, p. 22.

[3]) Continuazione di GLÜCK, *Commentario*, libri 43-44, parte I e II, num. 69, n. 73 (p. 311 della traduzione italiana).

Ma se questo non fosse accaduto, perchè il pupillo dovrebbe pagare le usure al fedecommissario? Non basta che egli abbia diritto di ripetere gl' interessi dal tutore che ha lasciato il denaro infruttifero e in generale di essere risarcito di ogni danno, perchè il tutore potrebbe essere insolvente. In tal caso le conseguenze della mora verrebbero ad essere sopportate dal pupillo.

A rigore la l. 78 § 2 D. 31 non contraddice alla l. 24 D. 45. 1, giacchè Paolo nega che il pupillo possa per fatto proprio cadere in mora e Papiniano determina quali effetti abbia per il pupillo la mora del tutore. Il contrasto sorge invece tra la l. 78 § 2 e tutti i passi da noi esaminati i quali chiamano il pupillo a rispondere del dolo e della colpa del tutore solo se ne abbia tratto un vantaggio o se il tutore sia solvibile.

Di solito tale contrasto non è rilevato. Il Madai [1]) insegna che la mora del tutore obbliga il pupillo, e il Kniep [2]), sostenendo che la mora del rappresentante è efficace contro il rappresentato, combatte le limitazioni che il Mommsen [3]) vorrebbe apportare a questo principio. Ma se potè passare inosservata per i pandettisti, lo storico non può non notare la differenza che i giuristi classici avrebbero introdotto nel trattamento fra la colpa e la mora del tutore. Tale diversità ci fa ricordare di quella esistente in tema di obbligazioni solidali; e non crediamo di andare errati affermando che nel nostro caso sarebbe ancora più difficile giustificarla o spiegarla in modo soddisfacente. Infatti, quando ogni altro tentativo fosse fallito, si potrebbe sempre dire che fra Pomponio autore della l. 18 D. 45. 2 e Marciano della l. 32 § 4 D. 22. 1 corre un notevole tratto di tempo [4]); ma nel nostro caso bisognerebbe conciliare Papiniano con se stesso. Del celebre giureconsulto l' opinione ci è nota per varii passi; nelle ll. 4 § 1 D. 21. 2 e 3 D. 26. 9 il pupillo risponde della colpa del tutore solo limitatamente all' arricchimento e nella l. 51 pr. D. 5. 3 la medesima regola è applicata al furioso.

[1]) Op. cit., p. 443.

[2]) Op. cit., I, p. 229.

[3]) Op. cit. III, p. 271. Il pupillo dovrebbe rispondere della mora negli stessi limiti in cui risponde della colpa del tutore, ossia, secondo il Mommsen, nella misura dell'arricchimento o altrimenti con la facoltà di cedere l'azione a lui spettante contro il tutore.

[4]) Cfr. Kniep, op. cit., I, p. 322.

Io stimo che gl' interpreti non debbano caricarsi di quest' altra croce. Nella l. 78 § 2 D. 31 è ammesso il diritto della res publica e dell' impubere al risarcimento: bisogna soggiungere, secondo l' intenzione di Papiniano, che questo risarcimento deve essere assicurato dalla solvibilità degli amministratori o dei loro garanti. Può darsi che tale requisito fosse espressamente indicato nel testo originale e sia stato deliberatamente soppresso o sia caduto per una disattenzione dei commissarii, i quali avevano da pensare alle spese della lite. Ma, prescindendo da questa congettura, io tengo per fermo che il principio, secondo cui il pupillo dovrebbe rispondere della mora causata dal tutore, non sia classico Si pensi che logicamente esso importa non solo la responsabilità degl' interessi moratorii, ma altresì della perpetuatio obligationis; e sarebbe grave che nel caso previsto dalla l. 24 D. 45. 1 il pupillo dovesse prestare il valore del servo morto dopo la mora e subire gli effetti della mala condotta di un tutore insolvente.

Perciò io credo che l' interpolazione « nisi ... interpelletur » della l 24 D. 45. 1 non storpi semplicemente la regola enunciata dal giureconsulto classico con un' eccezione che non è tale, ma introduca un principio nuovo il quale va molto più oltre dell' interpellatio.

Nel diritto giustinianeo il pupillo risponde della mora del tutore. Per altro questa norma nel diritto delle Pandette si combina con una tendenza identica in materia di colpa, ed ambedue hanno la loro ragione di essere, poichè il concetto della rappresentanza per Giustiniano non è più quello dei giuristi classici [1]).

[1]) Cfr. in proposito il mio articolo *Errore e rappresentanza* nella « Rivista italiana per le scienze giuridiche », vol. 50.

SIRO SOLAZZI.

(Continua).

INTORNO

ALLA

OBBLIGAZIONE NATURALE DEL PUPILLO

CONTRAENTE "SINE TUTORIS AUCTORITATE" [1])

1. L'imperatore Antonino Pio accordò una azione utile contro il pupillo il quale, avendo contratto sine tutoris auctoritate, ne avesse ricavato un arricchimento (l. 5 pr. D. *de auct. et cons. tut.* [26 8]; l. 3 pr. D. *comm.* [13 6], l 3 § 4 D *de neg. gest.* [3. 5]; l. 33 (34) *h. t.*).

Questa azione utile era senza dubbio fittizia, con la clausola « si L. Titius pubes esset, tum si paret rell. ». Ciò risulta anche dal ragionamento col quale Giuliano aveva giustificata, anteriormente al citato rescritto, la concessione della eccezione di dolo al debitore del pupillo, che « ex delegatu pupilli » avesse pagato un creditore di lui. Ulpiano, che riferisce l'insegnamento di Giuliano, scrive appunto: « fingendus est, inquit [Iulianus], pubes esse » (l. 4 § 26 D. *de d. m. et m. exc.* [44. 4]) [2]).

[1]) [Abbiamo tratto questo articolo da appunti di lezioni tenute dal nostro indimenticabile Alibrandi all'Accademia di conferenze storico-giuridiche in Roma. Gli appunti, raccolti allora dagli studenti ed affidati ora alla custodia del direttore di questo *Bullettino*, sono spesso troppo informi ed errati perchè possa trarsene il pensiero genuino del maestro: è tuttavia da sperare che un rinnovato esame possa permettere la pubblicazione di altri brani notevoli. Parve intanto degna di pubblicazione la trattazione, relativamente ben conservata, che riguarda la naturalis obligatio pupilli: l'opinione brillantemente sostenuta dall'Alibrandi, benchè sia ora vagamente accennata in qualche parte della più recente letteratura, trova ancora soltanto in queste note la sua piena dimostrazione; e qualcuna delle argomentazioni addotte segna nuove vie alla ricerca esegetica. Abbiamo cercato di ridurre gli appunti alla forma di articolo, eliminando le ridondanze e le ripetizioni inevitabili in un corso di lezioni e correggendo qualche lieve svista degli studenti; ma possiamo fortunatamente garantire la perfetta rispondenza di queste pagine al pensiero dell'insigne romanista. Abbiamo aggiunto nelle note, sempre includendole fra parentesi quadre, le sole citazioni relative ad indagini interpolazionistiche più recenti sui testi qui presi in esame. (*N. d. R.*)].

[2]) [Sul rapporto fra le azioni utili e le fittizie cfr. ALIBRANDI, *Opere*, I, 153 sg. La l. 4 § 26 è ora ritenuta interpolata da BESELER, *Beitr. z. Kritik der roem. R.squellen*, I (1910), 68 (del. *quid enim-consequatur*)].

Ma nella l. 5 pr. citata Ulpiano, prima di accennare alla spettanza dell'azione utile, dice che il pupillo «*naturaliter* obligabitur in quantum locupletior factus est». Questa dichiarazione non mette Ulpiano in contraddizione con sè stesso, perchè i classici usano parlare di «naturalis-obligatio» anche per accennare ad obbligazioni conformi alla naturalis ratio e tutelate da azione pretoria (così appunto Ulpiano stesso in l. 10 D. *de obl. et act.* [44. 7]); ma conterrebbe una grave imprecisione di linguaggio se vi fosse stata obbligazione naturale del pupillo, sia pure nel senso tecnico della espressione, oltre i limiti segnati dall'arricchimento [1]).

2. Vi sono del resto alcuni testi, i quali decisamente negano che il pupillo, contraendo sine tutoris auctoritate, contragga una obbligazione naturale. Così la l. 13 § 1 D. *de cond. ind.* [12. 6] di Paolo, dove si ammette una obbligazione naturale, col solito effetto della soluti retentio, per il solo caso dell'arricchimento; la l. 41 *eod.* di Nerazio, che al pupillo, il quale abbia promesso sine tutoris auctoritate e abbia poi pagato, accorda la condictio indebiti; e finalmente la l. 58 (59) D. *de obl. et act.* [44. 7], in cui Licinnio Rufino dice esplicitamente: «Pupillus mutuam pecuniam accipiendo *ne quidem iure naturali* obligatur».

3 A questi passi si contrappone una serie di testi, nei quali, implicitamente o esplicitamente, si ammette una obbligazione naturale senza il presupposto dell'arricchimento del pupillo.

Implicitamente la ammette la l. 19 § 4 D. *de don.* [39. 5] di Ulpiano, dove si riconosce valore di pagamento, non di donazione, alla expromissio del pupillo il quale, essendosi prima obbligato senza l'auctoritas, «postea tutore auctore promittat». Analogamente, secondo la l. 95 § 2 D. *de sol* [46. 3] (Pap), il creditore che succeda al pupillo cui sine tutoris auctoritate abbia mutuato una somma potrà ritenere dalla eredità l'intero credito, senza computarlo nella quarta

[1]) [Il *naturaliter* è ora ritenuto insiticio da Perozzi, *Ist.*, II, 24, n. 2. — Per altre interpolazioni del testo, non interessanti l'argomento in esame, cfr. Gradenwitz, *Festg. f. Schirmer*, 173, n. 2; Peters, *Ztschr. Sav.-St.*, XXXII, 233 sq.; Krueger, *ad h. l.*].

falcidia; e ciò appunto perchè in tal caso l'adizione della eredità « pro solutione cedit » [1]).

Più espliciti sono i testi, che nella ipotesi negano al pupillo la condictio indebiti. Nella l. 21 pr. D *ad l. Falc.* [35. 2], in gran parte parallela alla l. 44 D. *de sol.* [46. 3] di Marciano, Paolo fa il caso che il creditore abbia onorato di un legato il pupillo « sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit », e decide che la numeratio avrà insieme valore di adempimento della condizione e di estinzione della obbligazione naturale: « adeo autem et solvere videtur, *ut repudiato legato vel Sticho qui legatus est mortuo nihil repetere possit* ». La stessa esclusione della condictio indebiti, e la stessa giustificazione sulla base della esistenza di una naturalis obligatio, si ritrovano in Meciano, l. 66 (64) D. *ad SC. Treb.* [36. 1]. E con queste coincide la sentenza di Papiniano (l. 25 § 1 D. *q. d. l. ced.* [36 2]), il quale, mentre nega azione al legatario del credito verso il pupillo che col de cuius ha contratto sine tutoris auctoritate, *nec locupletior factus est* [2]), ammette tuttavia la validità del legato « si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit »: si ha un legato condizionale, e dies cedit al momento del pagamento.

Altri passi ammettono che la obbligazione contratta dal pupillo sine tutoris auctoritate sia garantita da fideiussione: così la l. 35 D. *de rec.* [4. 8] di Gaio, la l. 127 D. *de v. o.* [45. 1] di Scevola, la l. 42 D. *de iureiur.* [12. 2] di Pomponio (nella quale ultima riappare ancora una volta l'effetto della indebiti solutio). Analoga è pure la l. 25 D. *de f. i et m* [46. 1] di Ulpiano, la quale però è anche generalmente ritenuta meno probante perchè, a tacere di altre difficoltà, ammette la fideiussione pure per il prodigo e per il furioso, pei quali è certo esclusa la obbligazione naturale Finalmente si usa aggiungere la l. 95 § 4 D. *de sol.* [46. 3] di Papiniano, dove tuttavia - a intenderla alla

[1]) Il testo ha: « non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet ». Il CUIACIO [*Opera* (Mutinae 1757), IV, 666 sq.] proponeva di sostituire al *solidum* del testo la lettura *solutum*; ma la lezione della Fiorentina è sostenuta da tutti i manoscritti latini e dai Basilici. (*N. d. A.*).

[2]) Il *nec* decisivo manca nel ms. fiorentino; e ciò ha condotto il CUIACIO [*Opp.*, IV, 559] ad ammettere che fosse scritto « si locupletior factus est »; nel qual caso il testo coinciderebbe con quelli addotti contro la obbligazione naturale. Ma la lezione ricevuta è ora confermata dal Tipucito. (*N. d. A.*).

lettera - la naturalis obligatio è affermata piuttosto per il fideiussore che per il pupillo.

4. Molto minor valore hanno altri testi, che pure si sogliono addurre a sostegno della obbligazione naturale. Tale la l. 3 § 4 D. *de n. g.* [3. 5], nella parte in cui ammette la compensazione contro l'a. neg. gestorum contraria intentata dal pupillo: si ha qui, come mette bene in rilievo il linguaggio stesso di Ulpiano, una applicazione del principio dell'arricchimento. Tale anche la l. 7 § 1 D. *de resc. vend.* [18. 5] di Paolo, dove l'effetto della compera sine tutoris auctoritate è fatto consistere in ciò, « ut ipse [pupillus] non teneatur, sed agente eo retentiones competant ». Le ritenzioni in questione non costituiscono eccezioni opposte al debitore naturale per questa sua qualità; ma esprimono la facoltà, spettante ad ogni venditore in base alla nota disposizione delle XII tavole, di ritenere la cosa fino all'avvenuto pagamento del prezzo [1]).

5. In ogni modo, sussiste l'antinomia fra i testi che ammettono e quelli che escludono l'obbligazione naturale del pupillo; e per eliminare questa antinomia sono stati fatti varii tentativi, che cominciano nell'età giustinianea con gli scolii di Stefano e si susseguono fino all'età nostra. Questi tentativi si possono raccogliere in tre gruppi.

Alcuni scrittori si attengono all'affermazione, che il pupillo sia obbligato soltanto nel caso ed entro i limiti dell'arricchimento; ma dimenticano così i numerosi testi che ammettono l'obbligazione naturale senza questa limitazione, e specialmente la l. 25 § 1 *q. d. l. ced.* [36. 2], nella quale nominatamente si esclude che il pupillo « locupletior factus (sit) », e la l. 95 § 2 D. *de sol.* [46. 3], dove si dichiara nettamente che l'obbligazione naturale va oltre i limiti dell'arricchimento, fino al *solidum.*

[1]) Fra i testi a sostegno della obbligazione naturale non va nemmeno inclusa la l. 1 § 13 D. *de o. et a.* [44. 7] di Gaio: « Huic (*scil.* furioso) proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intellegat, quid agatur: sed quod ad hunc benignius acceptum est: nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse ». Il testo riguarda esclusivamente la materialità dell'atto, senza occuparsi dell'effetto giuridico e delle condizioni necessarie a che questo si abbia; e perciò deve essere completato con Gai. III 107-109. (*N. d. A.*).

Altri sostengono che in tutti i casi il pupillo restasse obbligato naturalmente, e che tuttavia gli effetti fossero sospesi durante lo stato di impubertà. Ma, se così fosse, Nerazio (l. 41 cit. *de cond. ind.*) e Licinnio Rufino (l. 58 (59) cit. *de obl. et. act.*) avrebbero detto il rovescio di quel che dovevano dire; e d'altra parte non si comprenderebbe come una obbligazione naturale, non riconosciuta nei riguardi del pupillo, potesse avere effetto per il fideiussore e per l'erede.

Più vario è il gruppo degli scrittori che ricorrono a distinzioni. Vi è chi distingue fra i diversi effetti delle obbligazioni naturali, ammettendo che per taluni effetti (fideiussione, novazione ecc.) la naturalis obligatio pupilli fosse riconosciuta, per altri no. Ma, oltre che tale distinzione non ha una base esplicita nelle fonti, è da osservare che taluni effetti, in ispecie la condictio indebiti, si trovano talvolta riconosciuti, talaltra negati. Altri (e per primo Stefano negli scolii ai Basilici) [1]) ha distinto fra i diversi contratti obbligatorii, ammettendo ad esempio che sorga obbligazione dal mutuo, non dalla stipulazione: opinione anche questa in contrasto con le fonti, e soprattutto con la l. 58 (59) cit., dove è detto che «pupillus *mutuam pecuniam* accipiendo ne quidem iure naturali obligatur». Ancora si distingue secondo l'età del pupillo, il quale si obbligherebbe naturalmente se pubertati proximus, non se infantiae proximus. Senonchè in tal caso i giuristi romani sarebbero stati eccessivamente sibillini, sottointendendo e lasciando alla accortezza del lettore l'inciso essenziale, e cioè un «si proximus pubertati fuerit» nei testi che affermano l'obbligazione naturale, un «si infans vel infantiae proximus fuerit» nei testi che la negano.

Contro gravi difficoltà urta anche l'opinione del Savigny [2]), il quale suppone un dissenso fra i giuristi romani. Le opinioni contradittorie sono attribuite, in diversi luoghi, agli stessi giuristi, e dovrebbe quindi ammettersi che Paolo ed Ulpiano - a tacer d'altri - fossero in contraddizione con sè stessi. D'altra parte, nei testi esaminati non si accenna mai a controversie giurisprudenziali, nè si usano, come di regola dove una controversia c'è, espressioni modeste e riservate (quali il *videtur*, il *magis est*, e simili). Ed è da osservare

[1]) Sch. ὡς γὰρ δίχα ad B. 22, 5, 42 (= l. 42 D. *de iureiur.*); sch. τοῦτο ad B. 24, 6, 13 (= l. 13 D. *de c. ind.*) (*N. d. A.*).

[2]) [*Le droit des oblig.* (tr. fr. [2]: Paris 1872), I, 88 sg.].

che alcuni dei testi citati, quali la l. 58 (59) D. *de o. et a.* e la l. 44 D. *de sol.*, appartengono a libri *regularum*, e che la regula iuris dovrebbe essere, secondo la l. 1 D. *de r. i.* [50. 17], un principio giuridico incontroverso.

Ma la opinione del Savigny contiene un nocciolo di verità, in quanto attribuisce le diverse opinioni a diversi autori: il suo torto sta soltanto nell'avere attribuito il dissenso agli antichi. Della teoria savigniana si può fare invece tesoro, se si tiene presente il fatto che nei testi delle Pandette si devono riconoscere due serie di autori: gli antichi giureconsulti e i compilatori giustinianei.

A fine di riconoscere se anche in questo caso, come in più altri, la difficoltà nasca dalla compilazione, e come e perchè Triboniano abbia modificato i testi, conviene ricorrere a due sussidii principali: i testi extragiustinianei, e i principii bene accertati sulle questioni di diritto strettamente connesse,

6. Gaio (III. 119) pone fra gli sponsores e fidepromissores da una parte, i fideiussores dall'altra, due differenze: i primi possono accedere alle sole obbligazioni verbali, i secondi a qualunque obbligazione; per i primi non è necessaria che nasca e sussista nel promittente principale una obbligazione valida (e quindi essi possono garantire la promessa fatta da una donna o da un pupillo sine tutoris auctoritate o quella di una dazione post mortem), per i secondi è necessaria la base di una obbligazione almeno naturale, quale è quella contratta da un servo.

Secondo Gaio, dunque, il pupillo che contragga senza l'auctoritas tutoris non si obbliga affatto; ma tuttavia ad una sua promessa fatta con parole solenni può accedere uno sponsor o un fidepromissor, il quale resterà obbligato civilmente

Legittima conseguenza è che, se in luogo di uno sponsor o di un fidepromissor sia dato un fideiussor, questi rimarrà obbligato solo naturalmente. E in questo senso appunto noi possiamo ora interpretare il testo di Papiniano alla l. 95 § 4 D *de sol.*, uniformandoci così al significato più ovvio e naturale delle parole del giurista, il quale, dopo aver detto per quali modi si estingua una naturalis obligatio, conclude: «*ideoque fideiussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur*».

Gli altri testi, che accennano ad obbligazione civile contratta dai fideiussori del pupillo, si spiegano agevolmente se si osserva che più di una volta nella compilazione giustinianea furono cangiati in fideiussores quelli che negli antichi originali erano sponsores; come dimostra il confronto diretto fra Gai IV 89 e il pr. I. *de satisd* [4. 11], ed anche il confronto fra Gai. III 121 e la l 29 § 6 D *mand.* [17. 1] di Ulpiano, nella quale si trova riferito ai fideiussori il *biennio liberari* che la legge Furia aveva sancito - a detta di Gaio - soltanto per gli sponsores e i fidepromissores.

Edoardo Husckke [1]) ha già supposto che una analoga sostituzione sia stata fatta nella citata l. 25 D. *de fidei.* [46. 1], dove innanzi alla parola *obligari* Ulpiano doveva avere scritto *verbis* e invece di *fideiusserit* doveva avere scritto *spoponderit.* In tal modo, infatti, si eliminano le gravi difficoltà che oscurano questo testo non solo per quanto riguarda il pupillo, ma anche per quel che si riferisce al prodigo e al furioso, ai contratti dei quali non può accedere un fideiussore (Ulpiano, l. 6 D. *de v. o.* [45. 1]; Gaio, l. 70 § 4 D. *de fidei.* [46. 1]) [2]).

Nello stesso modo, per mettere d'accordo Gaio con sè medesimo, diremo che nella citata l. 35 D. *de rec.* i compilatori hanno sostituito *fideiussores* a *sponsores.* Nè si avrà difficoltà ad ammettere che nella l. 127 D. *de v. o.* [45. 1] Scevola avesse scritto *sponsorem* e *sponsor* dove ora si legge *fideiussorem* e *fideiussor*: in tal modo diviene molto più forte e limpida la ragion del decidere, che nel testo quale ci è conservato è molto inferma ed oscura [3]).

Avendo dunque i giustinianei cangiati gli sponsori in fideiussori ed avendo essi d'altra parte conservata (con significato ormai molto più generale) la massima che all'accessione di un fideiussore sia necessaria almeno una obbligazione naturale, è chiaro come sorgesse per essi la necessità di ammettere una obbligazione naturale ogni volta che volessero civilmente obbligato il garante. E questa fu appunto la ragione che li spinse a creare la naturalis obligatio pupilli.

[1]) [*Iurispr. anteiust.*, ad Gai. l. c.].

[2]) [Il PERNICE (cit. da KRUEGER, *ad h. l.*) ritiene insiticie nella l. 25 le parole *prodigove vel furioso*].

[3]) La frase «nulla enim intelligitur mora ibi heri, ubi nulla petitio est» va corretta, nella l. 27 cit. e nella lex gemina 88 D. *de r. i.* [50. 17], sostituendo a *petitio* la voce *obligatio.* (*N. d. A.*).

7. Una riprova di quanto si è detto può trarsi dal procedimento che la speculazione bizantina ha seguito per il caso analogo della novazione. Il principio classico, riferito da Gai. III 176 e conservato per inavvertenza in § 3 I. *q. m. toll. obl.* [3. 29], è che la novazione estingua la obbligazione anteriore « *licet posterior stipulatio inutilis sit*... veluti si quod mihi debes a Titio post mortem eius vel a muliere *pupillove sine tutoris auctoritate* stipulatus fuero »; dove il linguaggio del giurista e la coincidenza di tutta la esemplificazione con quella addotta in III 119 escludono il concetto di obbligazione naturale. Invece i compilatori fanno dire a Paolo (l. 1 § 1 D. *de nov.* [46 2]) che la novazione è valida *dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.*

8. La conclusione a cui conducono i testi extragiustinianei è ribadita da quanto sappiamo sulla posizione dei pupilli.

L'auctoritas del tutore non era pretesa dagli antichi come mera formalità, ma perchè era ritenuto necessario un uomo di senno che supplisse alla deficienza di giudizio nell'impubere (l. 189 D. *de r. i.* [50. 17]). Per questa stessa deficienza il pupillo non poteva far testamento [1]), non era capace di spergiuro [2]), non poteva obbligarsi mediante constitutum debiti [3]); e sempre a causa di essa i supplizi inflitti a uno schiavo dal pupillo non costituivano una ragion sufficiente per farlo divenire, quando fosse manomesso, dediticiorum numero ex lege Aelia Sentia [4]). Può sembrare incoerente la norma, più volte attestata dalle fonti, secondo la quale l'impubere resta obbligato dal suo delitto. Ma, a parte che i giuristi, secondo dichiara Gaio (III 208), erano in disaccordo riguardo a questa obbligazione, è da osservare che nel testo di Gaio e in altri la nascita della obbligazione è affermata per il solo caso che il pupillo « proximus pubertati sit »; il che per la obbligazione naturale da contratto nè è detto dalle fonti nè - come vedemmo - si può logicamente ritener sottinteso. Del resto, l'atto criminoso dimostra per sè stesso una malizia precoce, la quale

[1]) Ulp. XX. 12; § 1 I. *q. n. e. p.* 2. 12. (*N. d. A.*).
[2]) Paolo, l. 26 pr. D. *de iurei.* [12. 2]. (*N. d. A.*).
[3]) Ulpiano, l. 1 § 2 D. *de p. c.* [13. 5]. (*N. d. A.*).
[4]) Paul. 4. 12. 7 (*N. d. A.*).

fa cadere la presunzione del difetto di intelligenza; allo stesso modo che per le obbligazioni ex delicto contratte dai minori di 25 anni si nega la restitutio in integrum, « etenim malorum mores infirmitas animi non excusat » (l. 1 C. *si adv. del v.* [2. 34 (35)]).

La esclusione di ogni vincolo del pupillo oltre i limiti dell'arricchimento può dedursi anche dal principio seguito nei casi in cui un atto giuridico che distrugga un credito del pupillo sia stato concluso sine tutoris auctoritate. In questi casi infatti la exceptio doli mali compete soltanto « si locupletior factus sit pupillus » (l. 4 § 4 D. *de d. m. et m. e.* [44. 4], l. 9 C. *de u c. p. e.* [7. 26]).

Se poi consideriamo che un minore di 25 anni può, in forza della restitutio in integrum, esimersi dalla restituzione di una somma presa a prestito e poi dissipata (l. 27 § 1 D. *de min.* [4. 4]), non possiamo logicamente ammettere che nelle stesse condizioni un pupillo resti vincolato da una obbligazione naturale.

Un altro punto da osservare è che, dove l'azione del creditore può essere elisa da una eccezione perpetua del convenuto, i romani sogliono distinguere secondo che la eccezione sia data in favore del debitore o in odio del creditore: nella prima categoria di casi (ad esempio, per il SC. Velleiano) si accorda al debitore che abbia pagato la condictio indebiti, nella seconda categoria (ad esempio, per il SC. Macedoniano) la condictio indebiti è esclusa (l. 40 pr. D *de cond. ind.* [12. 6]; l. 9 § 4 D. *ad SC. Mac.* [14. 6]). Ora, appunto a favore del pupillo (non in odio del creditore) è dato più ancora di una eccezione, anzi un titolo di opposizione che esclude affatto l'azione; e sarebbe molto strano che proprio in questo caso si negasse la condictio indebiti.

9. Se dunque, di fronte alle contraddizioni fra i testi, si cerca una ragione estrinseca per determinarsi a favore o contro la naturalis obligatio pupilli, l'insieme delle norme accennate ci mostra più conforme ai principii del diritto antico la negativa. E poichè il diritto romano, quale prodotto di sommi ingegni, costituiva un sistema armonico, si ricava da ciò un grave indizio dell' intervento dei compilatori. Se poi a questi argomenti estrinseci aggiungiamo quelli che abbiamo ricavati dal confronto coi testi extragiustinianei, acquisteremo la certezza dell'avvenuto mutamento. La ragione di esso (o almeno una

delle ragioni) è stata, come abbiamo visto, la avvenuta abolizione della sponsio e della fidepromissio come contratti di garanzia diversi dalla fideiussione.

Deve dunque ritenersi che tutti i testi dove è affermata la obbligazione naturale del pupillo siano stati interpolati. Ma può invece ritenersi genuina la l. 19 § 4 D *de don.* [39. 5]; dicendo che il pupillo « sine tutoris auctoritate *debuer(a)t* », Ulpiano può aver pensato al caso in cui le monete non fossero ancora state consumate, e il pupillo fosse perciò locupletior factus nel senso della citata l. 5 pr. D. *de auct. et cons.* [26. 8] [1]).

ILARIO ALIBRANDI.

[1]) [La interpolazione di tutti i testi nei quali si afferma la naturalis obligatio pupilli è ora implicitamente affermata da PEROZZI, *Ist*, II, 27 sg. - Invece il DI MARZO (*Per la storia della naturalis obligatio pupilli*, in *Circolo giuridico*, XXXII) inclina a ritenere classica la obbligazione naturale e interpolati i testi che la negano: in questo senso appunto sarebbero corrotte la l. 41 D. *de c. i.* [12. 6] (int. *solverit - nec*), la l. 58 (59) D. *de o. et a.* [44. 7] (int. *ne quidem*), la l. 13 § 1 D. *de c. i.* [12. 6] (int. *et locupletior factus est*)].

FRAMMENTO DI UN INDICE DEL DIGESTO*

Il papiro che qui ripubblichiamo, per cortese concessione degli editori, dal I volume dei papiri della *Società italiana per la ricerca dei papiri greci in Egitto* (ivi, n. 55, pag. 107-121), proviene da Oxyrhynchos (scavi Pistelli, febbr. 1910). Fu svolto, ricomposto e una prima volta trascritto dalla dott. T. Lodi, in costante collaborazione con la quale ho poi continuato gli studi per la lettura e l'integrazione [1]).

Il papiro presenta due facciate, scritte ciascuna su due colonne; ripiegato sul verso costituisce quattro pagine, successive, di un libro. La larghezza attuale di tutto il foglio a due colonne è di mm. 412; l'altezza di mm. 377. La larghezza di una pagina, quale si ottiene ripiegando il foglio, è di mm. 215. Il numero delle linee di scrittura è di 33 nella colonna destra del verso (*a*), di 34 almeno nella sinistra (*d*); di 35 nella colonna sinistra del recto (*b*), di 32 almeno nella destra (*c*). Tale disegualianza vale come una riprova che le singole colonne di scrittura costituiscono altrettante pagine, e non sono a due a due riunite a formare un'unica carta, di forma quasi qua-

*) Per le abbreviazioni: Mtr. = Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, tome 1er, Paris, Thorel, 1847. — Zch. = Zachariae von Ligenthal, *Recens. Mortreuil, Hist. cit.*, in « Richter's kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft », XVI (1844), pp. 794-828. — Hb. = C. Guil. Ern. Heimbach, *Prolegomena Basilicorum*, in Basilic. tom. VI, Lipsiae, Bart, 1870.

I numeri, quando non siano accompagnati da altra avvertenza, indicano le pagine. I numeri romano ed arabo che accompagnano la citazione degli scolii dei Basilici indicano rispettivamente il volume e la pagina della edizione heimbachiana.

[1]) Compio qui il gradito dovere di ringraziare i professori Vitelli e Pistelli del R. Istituto di Studi Superiori di Firenze per avermi concesso l'onore di studiare per il primo e di procurare l'illustrazione di questo importante documento.

drata, quale si riscontra nei più antichi libri, e tra gli altri nel ms. fiorentino delle Pandette.

Il numero massimo delle lettere in una linea è da 44 a 47; la lunghezza massima di una linea completa di scrittura è di mm. 175.

Sul recto del papiro la scrittura delle due colonne è eccessivamente ravvicinata; all'altezza delle linee 10-11 la distanza raggiunge un minimo di mm. 15, tale da permettere difficilmente la piegatura del foglio; la soverchia estensione della scrittura in questa parte si spiega peraltro col fatto che l'amanuense aveva qui dinanzi due pagine centrali, e quindi contigue, del libro.

La scrittura è unciale. Frequente è il *d* latino accanto al δ (es. *d*ουναι, *d*ι*d*ωσι, ecc.). Si hanno esempi di legature in ȣ = ου (***a*** 14) e in ου = ου, anche quando ο sia finale e υ iniziale della parola seguente (μεροσυπαν..., ***d*** 7), con diastolē sull'υ.

Si osservano i segni diacritici sullo ϊ e sullo ϋ; il segno abbreviativo per la ν in fine di rigo (ϊδικω̃, αγρο̃, πακτω̃, ακυρω̃): inoltre l'abbreviazione in κ/ (= και), δυνατ/ (= δυναται), e in generale nelle desinenze verbali in αι.

Frequenti sono le abbreviazioni per troncamento: si riscontrano sia nelle parole greche ($\overset{\tau}{\kappa}$ - $\overset{\tau}{\mu}$ - δογμ$\overset{\alpha}{/}$ - αγ$\overset{\omega}{/}$ - παραγραφ/ - παραγρ$\overset{\alpha}{/}$ - κεφ$\overset{\alpha}{/}$ - ϋπαναχ$\overset{\omega}{/}$ - $\overset{o}{}$ - $\overset{\iota}{\beta}$ -), sia nelle parole latine ($\overline{bf}$ - $\overline{ulp}$ -); anche nell'*inscriptio* (***a*** 3) La constatazione ha tanto maggiore importanza, trattandosi di una scrittura giuridica, in quanto possa dimostrare che i precetti di Giustiniano non valsero a interrompere la tradizione degli amanuensi, almeno nelle trascrizioni non ufficiali. Anche i numeri sono rappresentati dalle corrispondenti lettere (***a*** 32, ***d*** 8, 11), e non scritti per esteso, contro le prescrizioni di Giustiniano (c. Omnem § 8, c. Deo auctore § 13, c. Tanta § 22).

Si riscontrano quattro lemmi marginali: due sul margine di destra del recto (***c***) e due sul margine di sinistra del verso (***d***). Due di essi, e cioè il secondo rispettivamente della pag. ***c*** e della pag ***d***, sono sicuramente delle rubriche con indicazione della materia che si svolge a fianco; gli altri due sembrano, anche per l'estensione loro, piuttosto degli scolii riassuntivi, a quel modo che ne sono offerti parecchi dall'antico ms. dei Basilici pubblicato da Ferrini e Mercati (Ambrosian. F 106 sup.: Suppl. Bas. VII, lib. XIX 8, 10, 19, XXXV 1).

Si osservano segni di paragraphos, in corrispondenza di vari passaggi, collocati fra la riga in cui comincia la proposizione nuova e la seguente.

L'impressione d'un primo esame paleografico poteva far assegnare al papiro una maggiore antichità, ma l'esame interno mette fuor di dubbio che la scrittura giuridica ivi contenuta è posteriore alla compilazione dei Digesti. Infatti: *a*) Nelle prime tre linee della pag. *a* si osserva la successione di due frammenti, il primo di Paolo, il secondo di Ulpiano, che nello stesso ordine si succedono nel titolo *de pactis* del Digesto (Dig. 2, 14, 4, 3 = Paul. 3 ad edictum; Dig. 2, 14, 5 = Ulp. 4 ad edictum). *b*) Nella lin. 11 della pag. *d* si ha un rinvio ad un libro $\overline{\iota\eta}$ (ripetuto in margine dalla stessa mano), ch'è appunto il libro XVIII del Digesto. Si vegga infatti la proposizione, a riguardo della quale il rinvio è fatto, quasi *verbo tenus* nel fr. 5 *de rescind. vend.* 18, 5. È da rilevare anche, in quest'ordine di argomenti, il fatto che la citazione del giureconsulto a cui spetta un frammento, è fatta semplicemente col nome del giureconsulto abbreviato (*Ulp̄:*), senza indicazione alcuna dell'opera e del libro donde il luogo è tratto (libro quarto ad edictum). Queste indicazioni sono sempre state, necessariamente, nell'uso della giurisprudenza pregiustinianea (vedi *Consultatio, Fragmenta Vaticana, Collatio, Scholia Sinaitica*), e si vollero conservate ancora nella compilazione giustinianea (c. Tanta § 10).

Secondo ogni probabilità, noi abbiamo un frammento d'uno di quegli *indices* del Digesto che rapidamente si compilarono pei bisogni della scuola e presto si sostituirono nell'uso d'Oriente agli originali latini.

Che si tratti appunto di uno di tali commentari esegetici e generali, e non di un commentario dogmatico e monografico (*de pactis*? [1]), risulta dall'ordine legale in cui si susseguono i frammenti 4, 5, 6, 7 (in ispecie, la successione dal § 3 del fr. 4 ai fr. 5 sgg., dove si discorrono materie assai diverse), e dal richiamo al lib. XVIII del Di-

[1]) Si ricorda un titolo *de pactis* spettante all'opera ὑπόμνημα τῶν δεφινίτων di Cirillo l'eroe, dove questo giureconsulto pregiustinianeo avrebbe raccolto dagli scritti dei classici tutti i passi relativi ai *pacta legibus contraria*: Patric. ap. Thalel., sch. Ταύτην I, 646 (Mtr. 259, Zch. 807, Hb. 9). Possediamo anche un'altra monografia, di età assai più tarda (x sec. ?), μελέτη περὶ ψιλῶν πάκτων, *vel* συμφώνων pubblicata da Leunclavius,, Ius graeco-rom. II, 192. 202.

gesto, il quale, se pure non dimostra che il nostro commentario si estendeva almeno fino a quel libro, dimostra per la sua forma, col tacere cioè l'indicazione della raccolta, che il commentario si svolgeva sul Digesto e parallelamente a quello [1]).

Il carattere dell'opera di cui il papiro fiorentino ci porge un frammento è quello degli altri *indices* a noi noti, conforme al modo di formazione loro, ch'è, di regola, l'illustrazione scolastica degli antecessori (v. per tutti Riccobono, *Bull. IDR.* IX, 272 sgg.; tuttavia la giusta riserva di Ferrini, *Digesto* 79). Alcune proposizioni, che rappresentano quasi il κατὰ πόδα della legge del Digesto, sono affatto isolate, in mezzo a una esposizione libera e più diffusa del testo di quello, corredata di esempi tratti da titoli diversi.

È da rilevare che in corrispondenza al principio del fr. 6 *de pactis*, 2, 14 (*a* lin. 9) e parimenti del fr. 7 (*b* lin. 5? 7?) manca la citazione del giureconsulto (fr. 6 = Paul. [3 ad edictum], fr. 7 = Ulp. [4 ad edictum]), che si ha invece in corrispondenza del fr. 5 (*a* lin. 3): la definizione dei patti legittimi può apparire quindi derivata, anzichè da Paolo come nei Digesti, da Ulpiano, nel quale pure non doveva mancare. Di più, l'esemplificazione tratta dalle convenzioni in materia di giuochi ginnici (*a* lin. 27-33) riproduce le disposizioni delle leggi e del senatoconsulto *de aleatoribus* in una forma abbastanza indipendente dai passi di Paolo e di Marciano (fr 2 § 1, fr. 3 D. 11, 5), dei quali offre piuttosto una *contaminatio*. Potrebbe pertanto sembrare non inverosimile che l'autore del nostro indice abbia fatto uso accanto al Digesto dei testi originali della giurisprudenza classica. Ma una tale congettura non è suffragata da più intrinseche ragioni: data in specie l'esposizione della dottrina dei contratti innominati, pedissequa alla lettera del fr. 7, il quale, notoriamente, risente per gran parte dell'interpolazione bizantina [2]), e anche l'identificazione del significato

[1]) Spesso nelle citazioni che s'incontrano nei testi bizantini manca l'aggiunta τῶν διγέστων (o rispettivamente τοῦ κώδικος), quando il rinvio abbia luogo durante l'illustrazione di un testo di quella raccolta (Zch. 799).

[2]) Per l'interpolazione nel fr. 7 § 5, Longo, *Buona fede* etc., 1, 4; Segrè, *Bull. IDR.* XIX, 211 (dubitativamente); nel fr. 7 § 6, Pernice, *Ztschr. d. Sav.-Stift.*, RA. IX, 212, n. 1; in genere, contro la classicità dell'*actio praescriptis verbis*, nella forma e nella portata generale che ha nel Digesto, Lenel, *Ztschr. d. Sav.-Stift.*, IX, 181-182; Gradenwitz, *Interpolationen*, 123-169, *Ztschr. d. Sav.-Stift.*, XIV, 121-125 (in senso contrario, per quanto riguarda l'espressione, Naber, *Mne-*

di *pactum* con quello di *conventio*, corrispondente alla fusione delle due teorie che si operò nel sistema giustinianeo [1]).

Gli elementi dai quali risulta l'età del nostro frammento (per ciò che riguarda il contenuto, poichè il criterio paleografico consente tuttora una certa oscillazione) possono assommarsi nel riconoscimento dell'uso del testo originale latino del Digesto, e risolversi nei vari argomenti da cui quest' uso si desume. Già nel 582, sotto Maurizio, il testo latino era stato sostituito nell' uso da traduzioni greche più o meno letterali; così che il nostro testo deve con ogni probabilità riportarsi all'età di Giustiniano o ad una di poco posteriore [2]).

Sono evidenti e numerose le traccie di fraseologia latina e frequente è l'uso di parole ed espressioni tecniche latine conservate nel contesto greco. È questa la dimostrazione più piena dell' uso ancor vivo degli originali latini, e altresì l'indizio di un'epoca in cui il linguaggio giuridico greco non si era molto sviluppato: solo dopo Giustiniano questo cominciò man mano a formarsi e trovò poi il suo compimento e la sua recezione ufficiale nei Basilici (Reitz, *Theoph.* praef. XXVI; II, 1068, 1237, 1242; Zch. 709, ῥοπαί 74; Hb. 20, 94; Ferrini, *Theoph.* prolegom. XVI, *Suppl. Bas.* VII, x). In molti scolii del VI secolo ai Basilici le espressioni tecniche del diritto romano si trovano scritte grecamente, con greco accento e greca flessione. Più rigidamente osservante delle forme latine è il nostro papiro, il quale,

mosyne, XXII, 70 sg.); Pernice, *Sitzber. d. Berl. Akad.* 1883, 450-461; *Labeo*, III [1] 88-91, 207, 261-263; Girard-Longo, *Manuale*, 600-604.

Nota come anche il fr. 6 D. 2, 14, dato per interpolato da Pernice, *Ztschr. d. Sav.-Stift.* IX, 198, n. 4, da Manenti, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, 165, n. 1, e da Mitteis, *Privatr.* 1, 36, n. 19, ritorna invariato nel papiro (*a* 9).

[1]) Sulla distinzione affatto netta nel diritto classico e sulle traccie che ancora se ne scorgono nel tit. *de pactis* del Digesto, Manenti, *Pacta cit.*, passim e spec. 158, 165-169 nota, 200 sg., 204-205, 229, 230. Cfr. i rilievi, ugualmente interessanti dal nostro punto di vista, del Perozzi, *Istituzioni* II, 292-300.

[2]) È quindi superfluo il rilevare ancora come, ad ogni modo, il rinvio che si ha nel papiro ad un libro del Digesto collochi la nostra scrittura in un'epoca anteriore ai Basilici, poichè è risaputo che dopo i Basilici i giureconsulti greci non si sono serviti più dei libri di Giustiniano per la pratica del diritto (Mtr. 94), nè quindi si hanno citazioni fatte in base alle compilazioni giustinianee: chè anzi, là dove si avevano, sono state dopo i Basilici accompagnate o sostituite con altre atte in base a quelli (Zch. ῥοπαί 68, Mtr. 94-95).

salvo rarissime eccezioni (*legi*|τιμοι ***a*** 11-12; τιτιu ***a*** 28) - dovute evidentemente all'uso contestuale di due grafie da parte dell'amanuense - ritiene scrupolosamente la grafia latina (perfino *pactov* ***c*** 10, *pactω*, ***c*** 16, accanto a πάκτον, ***a*** 4, 6, 7, 9, ***b*** 2, ***d*** 10 ecc); la flessione è quella greca, quando si tratti di parole usate isolatamente (*conuentionωv* ***a*** 3; *publicov* ***a*** 7 [*publecov* 4]; *priuatov* ***a*** 5; *legitiμοι* ***a*** 11-12 τιτιu, *poblic⟨i⟩u*, *corneliu* ***a*** 28; *iulianu* ***b*** 29; *mauricianoς* ***b*** 30; *mauricianov* ***b*** 35); un'eccezione pare *consensu* * nella prima rubrica marginale della pagina ***c***; la flessione latina è invece naturalmente conservata nelle locuzioni che, complessivamente prese, hanno un significato tecnico: così *re nondum secuta* (***a*** 18, ***c*** 25, seconda rubrica marginale ***c***, ***d*** 7, 9, 16, 23), *praescriptis uerbis* (***b*** 23, 28), *ipso iure* (***d*** 13), *ait praetor* (***d*** 29), $\overline{bf}$ = bonae fidei (***c*** 2, 5, 25). Nella locuzione *iuris gention* (***a*** 6, ***b*** 5-6, 7) si riscontra la flessione alla greca del secondo termine (***a*** 6)[1].

Lo stile latinizzante e l'uso diretto dell'originale del Digesto si rivelano ancora nel nostro papiro, come negli altri indici a noi noti del VI secolo [Zch. 799, Hb. 20], dai nomi classici conservati negli esempi [*stic⟨h⟩os* ***b*** 31, 33; παμφιλος ***b*** 32, 33]; si sa che nel testo dei Basilici, e già prima, sono sostituiti nelle esemplificazioni nomi cristiani (πέτρος, παῦλος).

Si aggiunga infine la citazione dei nomi dei giureconsulti ricordati nel contesto dei passi del Digesto: nomi che sistematicamente sono soppressi nella più tarda redazione del testo dei Basilici tranne nei pochi luoghi desunti dall'indice di Doroteo (Hb. 45). Alle lin. 29, 30 e 35 della pag. ***b*** si citano Giuliano e Mauriciano come autori delle opinioni che ad essi sono rispettivamente attribuite nel Digesto; manca peraltro, per quel che può vedersi, la menzione della maggior parte degli altri giureconsulti che sono richiamati nel fr. 7 di Ulpiano: così, per lo meno, di Aristone e Celso (§ 2, cfr. ***b*** 17-19), e di Pomponio (§ 6, cfr. ***c*** 27-29).

I vari elementi raccolti nello studio del nostro pariro sono fin qui insufficienti per una sicura identificazione di esso. Si sa che il libro II del Digesto appartiene, secondo l'ordinamento dato alle scuole di diritto da Giustiniano (c. Omnem § 2), ai πραττόμενα βιβλία; e si

[1]) Di alcuni gruppi di lettere, come *ti*, e di alcune terminazioni, per esempio *on*, è impossibile distinguere se siano scritte in lettere greche o latine.

potrebbe quindi ritenere che dalla ripetuta trattazione scolastica uscissero più e più scritture di commento e di versione di quello. Tuttavia così sconfinato non è il campo tra cui dovette fiorire la nostra scrittura, se è vero che essa reca in sè le traccie dell' appartenenza a un ampio commentario esegetico; e se si riflette che, essendo contenuta in un codice di ampio formato e di caratteri calligrafici, munito di rubriche marginali e di paragrafi, dovette esser parte verosimilmente di un' opera cospicua per autore e per diffusione, anzichè di un modesto quaderno scolastico. Il che tanto più si fa probabile, se si ricorda che il nostro papiro fu trovato nell' Egitto, e che niuna scuola di diritto là sopravvisse dopo la codificazione di Giustiniano, se pure ve ne furono mai degne di tal nome[1]); cosicchè ogni verosimiglianza è per l' importazione dalle fiorenti scuole di Bisanzio o di Berito. D' altro canto non è da esagerare fino a credere che ogni antecessore abbia fatto pe' suoi scolari una propria ἑρμηνεία delle compilazioni; poichè è concepibile e tutt' altro che inverosimile, come avverte anche lo Zachariae (*Ztschr. d. Sav.-Stift.* RA. VIII, 2), che ci si servisse dei lavori dei colleghi e dei predecessori e questi si prendessero a base nell' insegnamento. Nè, fuori di questo presupposto, sarebbe stata possibile l' identificazione della maggior parte degli scolii dei Basilici.

Ora, tra i vari commentarii del VI secolo, di cui si sono a noi conservate parti o il ricordo, anzitutto, procedendo per via di elimina-

[1]) *c. Omnem* § 7: « haec autem tria volumina a nobis composita tradi eis (*scil.* discipulis) tam in regiis urbibus quam in Berytiensium pulcherrima civitate, quam et legum nutricem bene quis appellet, tantum modo volumus, quod iam et a retro principibus constitutum est, et non in aliis locis quae a maioribus tale non meruerint privilegium: quia audivimus etiam *in Alexandrina splendidissima civitate* et in Caesariensium et in aliis *quosdam imperitos homines* devagare et doctrinam discipulis adulterinam tradere: quos sub hac interminatione ab hoc conamine repellimus, ut, si ausi fuerint in posterum hoc perpetrare et extra urbes regias et Berytiensium metropolim hoc facere, denarum librarum auri poena plectantur et reiciantur ab ea civitate, in qua non leges docent, sed in leges committunt ».

Contro di ciò l' accenno di Agathias, *Histor.* II, cap. 15 (Niebuhr, p. 97, 1), che si riferirebbe alla esistenza della scuola di Alessandria nel 551 (Biener, *Geschichte der Novellen* 582, Mtr. 109), non è affatto decisivo. Egli dice: ἐτύγχανον γὰρ αὐτοῦ διατρίβων παιδείας ἕνεκα τῆς πρὸ τῶν νόμων; egli dunque compiva là la sua istruzione preparatoria agli studi di legge. Nè ad un senso diverso riesce la lezione che, in base al cod. R[ehdigeranus], accoglie il Dindorf p. 204, 31 (Lips' Teubner, 1871): τῆς πρός τῶν ν.

zione, resta escluso che il nostro frammento appartenga agli indici di Doroteo e di Stefano, o alle summe di Cirillo e dell'Anonimo. Qui basta, a parte ogni altra considerazione, il confronto.

Di Stefano noi abbiamo l'indice che corre parallelo al nostro per quasi ogni proposizione del testo (sch. Ἐπειδή I, 555 = *a* 1-3; sch. Ἡ κονβεντίων I, 557 = *a* 3-9; sch. Κυρίλλ. I, 557 = *a* 9-11; sch. Μαθών I, 559 = *b* 7-35, *c* 2-4; sch. Ὁ ἐπερωτήσας I, 566 = *c* 23 sgg., *d* 8-11, 16-18, 22-28; sch. Ἐντεῦθεν I, 569 = *d* 29 sgg.). Da Cirillo sono tratti numerosi scolii ai Basilici, che danno pure una versione diversa del testo dei Digesti per la nostra parte (sch. Ἐπειδή in fine, I, 555 = *a* 1-3; sch. Κυρίλλ. I, 557 = *a* 3-7, 7-9; sch. Κυρίλλ. I, 558 = *a* 9-11; sch. Κυρίλλου I, 562 = *b* 7-19, 28-35, *c* 2-4; sch. Κυρίλλου I, 568 = *d* 8-11, 22-28; sch. Κυρίλλου I, 569 = *d* 29 sgg.). La versione dell'Anonimo, κατ' ἐπιτομήν come quella di Cirillo, e quindi assai diversa dal nostro indice, costituisce il testo dei Basilici, come di regola, così nel titolo *de pactis*; il confronto dei Basilici, ch'è possibile per quasi tutta la estensione del nostro frammento, dimostra la diversità dei due testi. Anche per le παραγραφαί che ci furono conservate con la *summa* dell'Anonimo (Zch., Ἀνέκδοτα 197, 202, 204), spettanti ad un altro scrittore pure anonimo, notevolmente più tardo, ci soccorre il confronto (sch. Τοῦ Ἀνων. I, 558 = *a* 9-11; sch. Περί V, 415 = *a* 27-33). I luoghi dell'indice di Doroteo, paralleli al nostro (sch. Πᾶσα I, 558 = *a* 3-11; sch. Τῶν φυσικῶν I, 562 = *b* 7-9, 20-28; sch. Ἐπώλησε I, 569 = *d* 22-28), sono solo congetturalmente identificati (Hb. 44); tuttavia alla verosimiglianza di una tale identificazione si aggiunga, per stabilire l'indipendenza del nostro frammento, la constatazione, tratta dai resti indubbi che abbiamo dell'indice di Doroteo (p. es., ad Dig. XXIV, tit. 2, 3, XXXVIII, tit. 7, 8), che questo conteneva - diversamente dal nostro - una versione κταὰ πόδα dei Digesti; il che si afferma anche più d'una volta negli scolii dei Basilici, dicendosi ch'esso segue τὸ ῥητόν, il testo (sch. 47 Suppl. Zch., p. 185; sch. τὸ πλάτος III, 476).

I commentari di Isidoro e di Teodoro d'Ermopoli (lo Zachariae, che prima li negò, per Teodoro, Ἀνέκδ. XL, *Krit. Jahrb.* XVI, 809, 816, per Isidoro, *Krit. Jahrb.* ibid. 811, cfr. Hb. 62, *Ztschr. f. Rechtsgesch.* II, 320, n. 1, Ferrini, *Digesto* 80, ultimamente li ammise, *Ztschr. d. Sav.-Stift.* X, 267, cfr. Mtr. 131, 138, 310) sono da escludersi, perchè dalle reliquie che sono ad essi riferite risulta abbastanza sicuramente

che essi si componevano piuttosto di annotazioni ai singoli testi (παραγραφαί, σημείωσαι): cfr. per Isid., sch. 'Ισιδώρου II, 384, sch. 'Ισιδώρου II, 396, sch. Δύναται II, 398; per Teod., sch. Θεοδώρου I, 657, sch. Θεοδώρου I, 660, sch. Θεοδώρου II, 476. Incertissima e giustamente contestata (Zch. 803, Hb. 62) è la esistenza di una elaborazione del Digesto di Anatolio; nessun frammento ci è direttamente conservato della interpretazione di Taleleo, la quale peraltro, se è innegabile che vi fu (lo nega Mtr. 285-286), difficilmente raggiunse la pubblicazione, ed i riferimenti ad essa sono piuttosto riferimenti al corso da parte di chi ne ebbe diretta notizia e dell'autore suo stesso (Hb. 49). Unicamente delle annotazioni sembra abbiano lasciato Cobida e Anastasio (Hb. 60, 61; per Cobida anche Zch. 807).

L'indice di Teofilo porge qualche argomento per una congetturale identificazione del papiro fiorentino. Di esso noi abbiamo scarse reliquie; il che si spiega col fatto che fu ampiamente utilizzato da Stefano, il cui indice - al quale quello servì di base - fu di preferenza riportato negli scolii dei Basilici. Le traccie sicure di esso non risalgono oltre il libro XVII (Ferrini, *Bull. IDR.* III, 64), e ciò si accorda con la congettura, per altri motivi verosimile, che egli sia morto poco tempo dopo la pubblicazione delle Pandette. Altri vede traccie di lui anche per quel che riguarda il lib. XXIII, ed è disposto ad ammettere che l'indice di Teofilo abbia abbracciato non solo i πρῶτα, la *pars de iudiciis* e la *pars de rebus*, cioè le tre parti del Digesto da leggersi nel primo, nel secondo e nel terzo anno, ma oltre il *liber singularis de dotibus* anche gli altri *libri singulares* da leggersi nel terzo anno (Zch., *Ztschr. d. Sav.-Stift.* X, 262-263) Comunque è fuori dubbio l'esistenza di un indice teofilino dei πρῶτα (καὶ αὐτὸς γὰρ ὁ Θεόφιλος ἐν τῷ οἰκείῳ *indici* τῶν πρώτων κτλ., sch. ad Theoph., *Inst* II, 18, 1, Reitz, p. 417, cfr. 944), e quindi del titolo *de pactis*. Il rimando al libro XVIII del Digesto, ch'è nella quarta pagina del nostro papiro, non costituisce menomamente una difficoltà per l'attribuzione a Teofilo, anche qualora l'indice di lui fosse veramente rimasto interrotto prima di quel libro.

Questo commentario fu verosimilmente il frutto di un corso sul Digesto (Mtr. 129-130, Zch. 817, Hb. 33; contra Ferrini, *Digesto* 79), corso che sarebbe stato tenuto a Costantinopoli immediatamente dopo la pubblicazione del Digesto. I caratteri di esso che risultano evidenti

dai frammenti sicuri che ne abbiamo (vedili in Zch. 817, Hb. 34-35, più compiutamente determinati che in Reitz, *Theoph.* II, 944-957), si riscontrano con notevole rispondenza nel nostro papiro. Esso era una ἑρμηνεία, come Stefano stesso lo chiama: Θεόφιλος μέντοι ὁ μακαρίτης οὕτω ἑρμηνεύει τὸ θέμα (sch. Στεφάνου II, 642); e non molto differiva, per quel che attiene all'ampiezza della trattazione, dall'indice di Stefano. Del suo svolgimento questo è chiaro: che l'indiceuta non suole ricalcare scrupolosamente il testo del Digesto; s'indugia con maggior ampiezza, con intendimento esegetico, sulle proposizioni dogmatiche, e ricostruisce l'esempio concreto del caso a cui il passo si riferisce spesso aggiungendo a illustrazione del testo altri casi che nel Digesto non si trovano (Zch. 797, Hb 5, 33). Lo stile è latinizzante (Reitz, *Theoph.* I, XXVI, II, 1068, 1237, 1242), il lessico ancora riboccante di parole e di espressioni latine, come si constata nel parafraste delle Istituzioni e come si spiega in chi aveva posto mano all'opera stessa della compilazione, che è tuttavia ancora uno stupendo monumento di latinità.

Un altro elemento di coincidenza col nostro papiro è, infine, il fatto che l'indice teofilino, pur contenendo, al pari del nostro, una più ampia esposizione che non quelli di Doroteo e di Cirillo e dell'Anonimo, non apparisce mai l'opera personale e indipendente del suo autore: ivi cioè non si nomina mai nel contesto l'autore del frammento, ma Teofilo si mette al posto del giurista latino, dichiarando, in persona quasi di questo, più ampiamente il suo pensiero; non distingue nettamente la propria personalità da quella di lui, come fa invece Stefano (Ferrini, *Bull. IDR.* III, 64, Zch., *Ztschr. d. Sav.-Stift.* X, 282), e com'è - necessariamente - l'atteggiamento comune degli autori di quelle elaborazioni che rivestono piuttosto l'aspetto di paragrafi.

I punti di contatto col nostro papiro non sono forse pochi o insignificanti, pur così approssimativamente determinati come gli scarsi resti consentono. Per un'ironia della sorte ci sfugge l'argomento decisivo: il confronto. Poichè noi abbiamo alcune parole dell'indice di Teofilo proprio in corrispondenza del fr. 4 pr. D 2, 14 (sch. Ὁ Φιλόξενος I, 566); il nostro papiro comincia in corrispondenza del § 3 dello stesso frammento: bastavano due o tre linee di più, e il confronto sarebbe stato possibile.

NB. Chi vorrà accingersi a continuare il lavoro d' integrazione, non dimentichi che il numero delle lettere da noi indicate come mancanti è stato fissato con criteri assai relativi. Nè si poteva altrimenti trattandosi d'un documento le cui righe non soltanto sono di varia lunghezza, ma contengono da un minimo di meno che trenta lettere a un massimo di quasi cinquanta, tanto è ineguale la spessezza della scrittura. Appunto perciò quasi sempre abbiamo omesso di indicare quanto manchi in fine di linea, dove l'incertezza è anche maggiore, perchè il copista non è costante nel rispettare il margine.

FRAMMENTO DI UN INDICE DEL DIGESTO

a) *verso.*

[σιωπ]ηρα α[ι]ρεσις ενε[ι]ν(αι) τη επερωτη[σ]ει [και απλως]
[γε]νομ[ενη] ϊνα τοτε απαιτηθη τ[ο] κεφαλ[αιον οταν οι τοκοι]
[μη] κ(α)τ(α)βαλλοντ(αι) : ulp̄: conuent[i]onων ∗∗[
εις δυο δια⟨ι⟩ρειτ(αι) εις publecον πακτο[ν και εις pri-]
5 uatον το δε priuatον ϋποδιαιρειτ(αι) ε[ις legitimον]
[π]ακτον κ(αι) iuris gentiον ως δοκει σ∗∗∗∗[
ταυτην τη δυναμει publicον πακτον ε[στιν]

το μ(ε)[τ(α)ξ]υ των στρατηγων του πολεμο[υ περι ειρηνης]
γιν[ομ]ενον legitimον δε πακτον ε[στιν το απο]
---
10 τινος ϊδικου νομου η δογμα[τ]ος συ[γκλητου κυρουμενον]
κ(αι) η τικτον αγωγην η αναιρο[υν εστιν οιον legi-]
---
timοι κηδαμονες ποιου[νται οι agnatοι των ορφα-]
νευομενων ου μην κ[ατα διαθηκην? αλλ ο δωδεκα-]
δελτος καλων αυτους κη[δαμονας *c. 15 lett.*]
15 την διοικησιν προδηλ[*c. 22 lett.*]
επι τοκετω αγωγης εγεν[ετο το πακτον οιον ει]

ηγορασαν τι ποτε και ετε[ρον? *c. 8 lett.* re nondum]
secuta προς το συμφω[νο]ν∗∗∗[
[α]νεχωρησαν του συναλλαγμ[α]τος α[
20 [*10 lett.*]

κ(αι) αι διαταξεις κυρουσιν αυτα τα συστημα[τ]α προ–
δηλω * * * * * * * * * * * * * * * * * τη[ς] κοινων[ι]ας συναλλαγμα
25 ως πακτον βεβαιουται κ(αι) τα μ(ε)τ(α)ξυ αυτων ειτε επι συστασει
αγωγης ειτε επι αναιρεσει αυτης της κοινωνιας χρησιμως
πακτευετ(αι) ομοιως απο δογμα(τος) συγκλητου και απο ϊδικω(ν)
δε νομων titiu και poblic⟨i⟩u και corneliu βεβαιουτ(αι) [
[*] * ν συστασει α[γ]ωγης εαν τις επι χρημασιν παιξ[η
30 * * * * * ϊνα η ακοντιον η κονταριον ριπτων η [τρεχων]
η πηδ[ων] η παλαιων η παγ⟨κ⟩ρατιαζων * * * * * [*]
με [* * αρε]της ενεκα νικησοι λαβων ρ̄ νομισματα
[*c. 9 lett.*] ταυτα [επ]ι χ[ρημ]ασιν π[α]ιξ * [*] * * συνθηκη(ν)

1. L'infinito ἐνεῖναι è retto da un φαίνεται o sim., che evidentemente precedeva. Invece di ἁπλῶς si può supplire ψιλῶς, πούρως o sim. **2.** sq. Per la struttura ὅταν– καταβάλλονται cfr. **b** 17 sq. ὅταν– μετέρχεται.

3. È possibile τρ[ία τὰ εἴδη ἃ] oppure τὰ [τρία εἴδη]; non è possibile che le prime due lettere siano δέ (*autem*, Dig.).

6. Forse si aspetterebbe ὡς δοκεῖ⟨ν⟩ conue[ntiona τῷ pactω] | ταὐτὴν ⟨= τὴν αὐτὴν⟩ τῇ δυνάμει?

12. κηδαμονες: per lo scambio dell'ε in α cfr. De Boor, *Index Graecitatis ad Theophan.*, p. 764, s. v. παιδαραστής; Ashburner, *The Rhodian Sea-Law*, p. 58, s. v. παρασχαρίτης.

17. Forse ἑτε[ρογνωμονοῦντες?

21 sq. P. es. τὸ γὰρ πακτεύεσθαι μ[(ε)τ(α)ξὺ αὐτῶν ⟨cioè p. es. ἐμπόρων καὶ ναυκλήρων⟩] | κοινωνία[ν] δ. σ. β * * * * ⟨non è possibile leggere βεβαιοῖ⟩ κτλ.

28 sq. Forse [ἐπὶ] | [μ]ὲν κτλ.

b) *recto.*

[*3–4 lett.*] * * * κ(αι) επι αναιρεσει δι * [*] * σχ * * εκ * [

[*4–5 lett.*] * πακτον ϊσχυειν οιον ει χρεω * * [* * * *] ος [35

[*4–5 lett.*] ρω επι συγχωρησει του χρεους ητοι επ[ι του?]

[συν]αλλαγματος ταυτα συνεθετο ϋπο κα * [

5 [* *τ]ων αχρηστων πακτων ερουμεν iuri[s gentiov]

[πακτο]ν εστιν ητοι conuentiων το απο του εθ[νικου]

⟨νομου⟩ γενομενον τουτων δε των iuris genti[ον] 40

τινα μεν κ(αι) αγωγας τικτει κ(αι) παρ[αγ]ραφας

[η κ(αι) αγ]ωγην κ(αι) παραγραφ(ην) εχει τινα δε παραγρα(φην)

10 [μονον εχει] τα δε τικτοντα αγωγα[ς π]ακτα

[ονομαζε]τ(αι) ο[υ] μονον αλλ' εις ϊδικα

[ονομα(τα) συναλλ]αγματων διαιρειτ(αι) ητοι μετ– 45

[ερχεται ταυ]τ[α] τα συναλλαγματα εις

[αλλα ονομα(τα) οιον αγ]οροσιαν πρασιν μισ–

15 [θωσιν εκμισθωσιν κοινω]νιαν χρησιν παρα–

[καταθηκην κ(αι) α]υτοις ομοια οιον man–

[datον *c. 10 lett.*]ον οταν εις αλλο μεν 50

[συναλλαγμα μη μ]ετερχετ(αι) το πακτον ϋπεστι

[δε αιτια εστιν αγωγη] κ(αι) γαρ τικτεται [ε]νο[χη]

20 [*c. 6 lett.*] * * * * * εν οι[ον] δεδωκα σ[οι] πρ[αγ–]

[λα]γμα εστιν κ(αι) τικτετ(αι) η praescriptis uerbis
[α]γωγη η δεδωκα σοι καμασιον ϊνα ποιησης μοι
25 τι ποτε οιον γραφης μο[ι] ϊν ******* τουτο συναλ-
λαγμα εστιν ανωνυμον ου γ[α]ρ αργυρια δεδω-
κα σοι ϊνα μισθωσιν αυτο ειπης τικτετ(αι) ουν εντε[υ-] 60
θεν πολιτικη αγωγη η praescriptis uerbis δια
[δ]ε τουτο ορθως επεβαλετο του iulianu o ma[u]
30 [ri]cianos επι τοιουτου θεματος ε[πν] γαρ δω σο[ι]
[sti]con τον δουλον ϊνα ποιησης τ[ι ποτε ο]ιον ι[να]
[ελευθ]ερωσης π[α]μφιλον τον δ[ουλον σο]υ επ[ειτα] 65
ελευθερωσης τον παμφιλον ο δε [stic]ος εκ[νι-]
κηθη [α]πο τουδε ** [*c. 20 lett.*]
35 mauricianον την praescr[iptis uerbis

2. χρεωστ[οῦντ]ος?

11. αλλ': così papiro.

14. l. αγ]ορασίαν.

17. [daton δάνειον? ἐνέχυρ]ον? Il pegno apparisce in analoga enumerazione nel Dig. 2, 14, 1, 4; il mutuo nella esemplificazione di Stephan. schol. Μαζών 1, 559.

19. ὄνομα occuperebbe troppo poco spazio.

20. Non pare possibile [διὰ τὸ συμ]φωνηθέν, οἷ[ον κτλ.

24. καμάσιον, se letto bene, diminutivo di κάμασον (= καμίσιον): cfr. Sophokles, *Lex.* s. h. v.

25. Non è possibile leggere ἴνδαλμόν, e anche meno ἴνδαλμα. Dopo ϊν c'è qualcosa che rassomiglia a un *s* latino.

c) *recto.*

ην σημα [*******] αναιρ[**** σ]υναλλ[αγμα ****]* ταυτα[?
[**]νονο* πακτο[ν] ειτε εκ του ευθεως γεγονος επ[ι] των *bf* τυποι[?
[α]υτο ειτε μ(ε)τ(α) τουτο γεγονος παρ[α]γ[α] διδωσιν τω εναγ[ο-]
μενω κ(αι) εναγοντι αντιπαραγρ[α] ει δε τις ζητει ει*[**]
[**] ε[π]ι των μη *bf* συναλλαγμα[τ]ων δυνατ(αι) απο πακ-
[του **]***[*] κατ αρχας πλατυνεσθ(αι) η αγ[ω]/ λεκτεον
[οτι] εσθ οτε ου δυν[α]τ(αι) ******ημε*** οτι δυνατ(αι)
οιον οτα[ν] επι δανειου εν [*c. 12 lett.*]****
τοκου πακτε[υ]θη ο[υ]κ εστιν [*c. 14 lett.*]*
κ(αι) pactον ***[**]**αν κ(αι) ανω δε **[*****]* επι των
τοκων κ(αι) του κεφ[α]/ θεμα τουτο δ**[*]**[***] αξεως
της επερωτησεως παρακολου[****]*η οτ[αν κ]ερ-
ματα δανισθη και διχα επερω[τη]σεως [****] συμ-
φωνηθη ρητος τυχον μ(ε)τ(α)ξυ ******** [ε]πειδη
**[ε]νταυθα το μεν ενεχυρον *******εν το δε
[****]τερματων δοθεντων τω pactω βοηθειτ(αι)
[***]*ουτω δ**[****]******[*****]αι μ(ε)τ(α) το συν-
[αλλαγ]μα τεχθεισαι απο ψιλ[ου] πακ[του πα]ρα-
[γραφαι] κ(αι) μαλιστα
]ν

ως επι τ[ου re]
nondu[m]
[secuta]
consensu *
συν[α]λλαγμα *

[*c. 8–9 lett.*] ἡν οιον ει [*c. 10 lett.*] ∗∗ορου

[*c. 8 lett.*] ∗∗οτι πεφανερωτ(αι) [επι της αγο]ρασιας

κ(αι) των [λοιπων] *bf* αγωγων re [nondum] sec[uta]

γεινε[σθ(αι) υ]παναχωρ[ησιν του συναλ]λαγματος

ολ[ου] απο πακτου κ(αι) ου μ[ο]νον εις το π[α]ν αλλα και

εις μερος τ[ου σ]υναλλαγματος εναλλαγη δυνατ(αι)

γενεσθ(αι) απο [π]ακτου οιον ϊνα μ[η ολ]ον τον αγρο(ν)

αλλα μερος [α]υτου δοξω η [*c. 16 lett.*]

[∗]ομ [*c. 7 lett.*]ν πραθ[

]ατων∗∗[

π]αρα[γ]ρ[/

πε(ρι) της [re] no[n]
dum secuta
υπαναχω(ρησεως) της
πρασεως η εν-
αλλαγης

1. [τ]ὴν σημα[ινομένη]ν (*vel* σημα[νϑεῖσα]ν) ἀναίρ[εσιν σ]υναλλ[άγματος]? Arangio-Ruiz.

1 e 2. In questi due righi la scrittura si estende a destra oltre il limite solito, cosicchè le ultime parole superstiti capitano sopra il primo rigo dell'annotazione marginale, e però rimane incerto se vi fossero altre lettere. Se così, **1 sq.** probabilmente [σύγ-] | [χρο]νον ὃν πάκτο[ν]?

13. [ἁπλῶς] o sim.?

19. O più probabilmente [γρα(φαί) ∗∗].

30. δόξω ἡ[γορακέναι?

31. τὸ]ν πραϑ[έντα?

d) *verso.*

παρ[αγρ$^{\alpha}$] κ(αι) αντιπαραγρ$^{\alpha}$ [κ(α)τ(α)]χρηστικ[ως ******]εν οιον ε[αν]
εγω ο πρατης κεινω π[α]ρα σου περι ε' μερουσ του αγρ[ου]
κ[(αι) σ]υ ο αγορασας παρ[αγ]ρ$^{\alpha}$ αντιθης μοι περι [τ]ου δειν [εμε]
[του α]γρου τας τιμας λαβειν κ(αι) παραδουναι σοι τον παν[τα]
5 αγρον εγω δε δυναμαι ως απο του τελευτα[ν] πακτ[ου] 105
παραγραφης χρησθ(αι) κ(α)τ(α)χρηστικως δε παρ[α]γρ$^{[\alpha]}$ λ[εγω]
επει re nondum sec[ut]a εις μερος ὑπαναχωρησι[ς]
γενετ(αι) ο[ιον ει το] ρ̄ νο(μισματων) π[ρα]θεν παλιν πακτευσω πλειονος
η ηττονο[ς π]επρασθ(αι) ει γε re [no]ndu[m s]ecuta γεγονεν
[ουτως εσ]τιν η 10 πακτον ουτω[ς] εστιν η δευτερα ων[η ω]ςανει της πρωτης 110
δευτερα ω- ου γενομ[ε]νης ως β$^{\iota}$ ι$^{\eta}$ ευρησεις δια τουτο ουν λεγω κ(α)τ(α)χρησ–
νη] ως αν ει της τικω[ς ***] ει δε ως αν ει ανανεουσθ(αι) δοκει η ωνη κατα
πρω]της ου γενο– ** ω δοκει ει ενον ειτε ipso iure η πρωτη αναιρε[σ]θ(αι)
μεν]ης ως β$^{[\iota]}$ [ι]η̄ δοξη καθ εκατεραν εννοιαν αρμο** κ(αι) γαρ τα επ*[***]
ευ]ρησεις δια τουτο 15 κη αναλυσαι συναλλαγματος της consensū γενομ [115
ουν λεγω κ(α)τ(α)χρη- re nondum secuta κ(αι) εις αγωγην συμβαλλετ(αι) [
στικως * το πραγμα δυνατ(αι) αναλυθηναι εικοτως κ(αι) μ(ε)τ(α)τυπ[οι αγωγην]
κ(αι) δοκει τροπον τι[ν]α ανανεουσθ(αι) το συναλλαγ[μα
τιν εξ***ης επι τ*[***]**ει του αγρου μονον* [
20 π**[ ]δυνατ(αι) δε γεν [120

[πα]κτω(ν)
ακυρω(ν)

ει δε * * [ ] * δυω κλ[η]ρ[ονομ * * * * * * *]ν
εξ αυτων re n[ondum secuta π]ακτευση προς τ[ον πρατην]
αναχωρη[σαι απο του συν]αλλαγματος δοκει [* * * *] * * [* * * *]
25 αναχωρη * [*5–6 lett.* τ]ης πασης αγορασια[ς * *] * προς το[ν] 125
νομον ισχυε * [* * *] * * [* * * * *] περ κ(αι) εφ ετ[ερου] συναλλα[γ–]
ματος ηδυνατο πακτε[υσ](αι) τυχον επι [δ]ανειου ω[σ]τε
αυτον μονον μη απαιτηθην(αι) κ(αι) κ * [*3–4 lett.*] πακτου παραγρ[α]
ait praetor [*] * εν σκοπος του * * [* * *] * u κοινη περ[ι] πακ–
30 των δ * [*7–8 lett*] * υ * ε * [*]οι τις αν [* *] * * κ * * περι σ[130
* [ ]γενι * [*7–8 lett*] το συ[
* [ ] * κανω[
]ντες ϊ * [
α[

2. Sotto all' ἑ ⟨= πέμπτου⟩ c' è un segno di cui non sappiamo darci ragione; in seguito l' ε di μέρους sembra corretto.

6. παραγραφῆς papiro (non –φῇ nè –φὴν): cfr. Soph. *Lex.* s. v. χράομαι.

8. Avrà voluto γείνετ(αι).

9. Non pare possa leggersi altrimenti che πεπρᾶσθαι, mentre si aspetterebbe piuttosto πιπράσκειν (cfr. Dig. l. c. 'si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero' etc.). In seguito si aspetterebbe εἰ γὰρ piuttosto che εἴ γε.

11. Il numero ιη̄ è reso certo dal confronto con la nota marginale.

13. ipso inRE ⟨*sic*⟩, per ipso iure.

14. αρμοζη corr. da αρμοση? Ma neppure l' η è sicuro.

14 sq. μ·ρι–] | κῇ?

20. Pare si possa leggere παραγρ.

22. κλ[η]ρ[ονόμων εἷς μὲ]ν?

I (a *verso*).

1-3. Dig. 2, 14, 4, 3 (Paul. 3 ad edictum). - Stephan. sch. Ἐπειδή I, 555. - Cyrill. sch. Ἐπειδή I, 555. - sch. Ἔνθα (incerti antiqui Icti adn.) I, 556. - sch. Εἰ δέ I, 556. - Bas. 11, 1, 4 (I, 555). - Gregor. Doxapater sch. Γρηγορίου I, 556. - sch. Οὕτω I, 556.

3-7. Dig. 2, 14, 5 (Ulp. 4 ad edictum. - Conventionum...-iuris gentium). - Doroth.? sch. Πᾶσα I, 558. - Stephan. sch. Ἡ κονβεντίων I, 557. - Cyrill. sch. Κυρίλλ. I, 557. - Bas. 11, 1, 5 (I, 557). - Nell' un modo o nell' altro si legga nella lin. 3 (v. nota crit.), la rispondenza col fr. di Ulpiano, così come è dato nel Digesto, è perfetta; solo che nel greco c' è anche questa volta maggiore abbondanza di parole, in quanto espressamente vi sarebbe detto che le *tre* specie si dividono in *due*, una delle quali si suddivide egualmente in due. E pare che a questa variante puramente formale si attribuisse qualche importanza nelle scuole bizantine; cfr. Stephan. sch. Ἡ κονβεντίων I, 557.

3. *Ulp. conuentionων* sta indipendente dal contesto, come semplice richiamo al frammento delle Pandette? [Scialoja]. Cfr. ad es. Gai. augustodun., IV, 96, 97. Potrebbe poi integrarsi τα [πακτα], facendo qui incominciare il discorso del commentatore. È da notare che il commentatore non usa mai la voce *conuentio*, tranne in **b** 6, dov' è però associata con πάκτον (v. a questo proposito l' avvertenza fatta a pag. 9). Ma fa dubitare di questa elegante congettura l' aspetto complessivo della nostra scrittura, la quale meglio che una serie di commenti indipendenti si rappresenta come una diffusa parafrasi del testo: cfr. sopratutto **b** 28 sq.

7-9. Dig. 2, 14, 5. (publica...-paciscuntur). - Doroth.? sch. Πᾶσα I, 558. - Stephan. sch. Ἡ κονβεντίων I, 557. - Cyrill. sch. Κυρίλλ. I, 557. - Bas. 11, 1, 5 (I, 557). - Synopsis Basilicor. Σ. VIII, 3. - sch. Τῶν συμφώνων I, 557. - sch. Τῶν συμφώνων I, 563.

9-11. Dig. 2, 14, 6 (Paul. 3 ad edictum). - Doroth.? sch. Πᾶσα I, 558. - Stephan. sch. Κυρίλλ. I, 557. - Cyrill. sch. Κυρίλλ. I, 558. - Anonym. adn. sch. Τοῦ Ἀνων. I, 558. - Bas. 11, 1, 6 (I, 558). - Syn. Bas. Σ. VIII, 4. - sch. Τῶν συμφώνων I, 563.

11-16. Si pone qui, secondo ogni apparenza, un altro caso di riferimento dell' aggettivo *legitimus* ad istituto che trova il suo fondamento in fonti dello *jus civile*: la legitima κηδεμονία; cfr. Dig. 26, 4, 5 pr. pei *legitimi tutores*; Ulp. XII, 1 pei *legitimi curatores*.

16-33 e **b) 1-4.** Si propongono esemplificazioni in tema di patti legittimi. Si noti come qui il commentatore bizantino riporti così patti i quali sono modi di risolvere un contratto (16-21), come patti che sono parte di un contratto (21-27 patti adietti?), e infine patti nel senso edittale del termine, cioè *pacta de non petendo* [**b**) 1-4?]. Gli esempi sono raggruppati, a quel che pare, secondo il rilievo che il patto possa nel dato rapporto sia generare sia togliere l' azione (21-27?), o generare l' azione (27-33), o togliere l' azione [**b**) 1-4].

16-21. Convenzione di recesso dal contratto di compra-vendita?

21-27. Patti adietti nel contratto di società? Peraltro le parole emergenti del papiro (lin. 22-23) sembrano accennare a patti legittimi, nel senso della definizione giustinianea accolta a lin. 9-10: ai quali pertanto non sapremmo trovare una consistenza nelle nostre fonti: forse l'*oratio divi Marci*, in Dig. 17, 2, 52, 10?

27-33. Dig. 11, 5, 2, 1 (Paul. 19 ad edictum). - Dig. 11, 5, 3 (Marcian. 5 regularum). - Cod. 3, 43, 1, 4 (Iustin.). - Thalel. ind., Bas. 60, 8, 5 (V, 417). - Anat. ind., Nomoc. 13, 28, 4. - Hagiotheodorites, sch. Τοῦ Ἁγιοθεοδ. V, 415. - Anonym. adn., sch. Περί V, 415. - Bas. 60, 8, 2 (V, 415). - Bas. 60, 8, 3 (V, 415). - sch. Θεοδώρου V, 417. - Convenzione legittima, in quanto munita di azione da un senatoconsulto e da leggi speciali: la convenzione fatta a riguardo dei giuochi ginnici eccettuati dal divieto del giuoco di denaro.

28. *poblicu*: a riguardo di questa legge, di cui non ricorreva menzione che nel cit. fr di Marciano, era stata avanzata la congettura che una corruzione dei mss. ne avesse cangiato nel testo del Digesto il nome, e che essa non fosse altro se non la *lex publilia de sponsu* (Gaddi, *Cronologia delle leggi comiziali romane*, in Cogliolo, Fonti ² II, 654). Il nostro papiro torna a confortare la lezione (*publicia*) del Digesto.

II (b *recto*).

1-4? Caso di patto remissorio?

5. Rinvio erratico della materia dei patti invalidi?

5-7. Pretesa definizione del patto *juris gentium*. In forma affatto negativa nell'indice di Stephan., sch. Μαθών I, 559: Ἰουρισγεντία δέ ἐστι κονβεντίων ἢ μήτε πουβλίκα μήτε λεγιτίμα.

7-10. Dig. 2, 14, 7 pr. (Ulp. 4 ad edictum). - Doroth.? sch. Τῶν φυσικῶν I, 562. - Stephan. sch. Μαθών I, 559. - Cyrill. sch. Κυρίλλου I, 562. - Bas. 11, 1, 7 (I, 558). - Syn. Bas. Σ. VIII, 5. - sch. τῶν συμφώνων I, 563.

9. [η κ(αι) αγ]: tenuto conto che la frase ἢ καὶ ἀγωγὴν καὶ παραγραφὴν ἔχει così posta non è che una ripetizione della precedente καὶ ἀγωγὰς τίκτει καὶ παραγραφάς, Arangio-Ruiz propone il supplemento [ἢ μίαν ἀγ]ωγὴν κτλ., con che sarebbe nettamente posta la differenza fra i contratti che generano più azioni e quelli che ne generano una sola. Ne dubitiamo, perchè, tra le altre ragioni, i contratti sinallagmatici e gli unilaterali sono menzionati subito dopo senza alcuna traccia di distinzione (14-16). La ripetizione si ritrova egualmente senza uno speciale rilievo in διαιρεῖται ἤτοι μεταπίπτει (*vel* μετέρχεται) (12-13); e ancora nella Synopsis Basilic. (Σ. VIII, 5: ἔχουσιν ἢ τίκτουσιν), la quale, com'è noto, si vale di modelli antichi.

10-17. Dig. 2, 14, 7, 1. - Doroth.? sch. Τῶν φυσικῶν I, 562. - Stephan. sch. Μαθών I, 559. - Cyrill. sch. Κυρίλλου I, 562. - Bas. 11, 1, 7 (I, 558). - Syn. Bas. Σ. VIII, 5.

17-20. Dig. 2, 14, 7, 2 (sed et si...-esse obligationem). - Doroth.? sch. Τῶν φυσικῶν I, 562. - Stephan. sch. Μαθών I, 559. - Cyrill. sch. Κυρίλλου I, 562. - Bas. 11, 1, 7 (I, 558). - Syn. Bas. Σ. VIII, 5.

18-19. ὕπεστι [δε αιτια]. Un antico indice (Doroth.?) e Stefano hanno εὔλογος αἰτία. Il testo dei Basilici (Anonym.) e Cirillo non l'hanno. Lo Zachariae, *Ztschr. der Sav.-Stift.*, RA. X, 275 adduceva appunto questo luogo tra gli altri diretti a dimostrare una derivazione della summa di Cirillo dall' indice di Teofilo. Poichè, secondo ogni verosimiglianza, il papiro ha semplicemente αἰτία, noi possiamo trarre, sulla base della congettura dello Zachariae, un nuovo indizio a favore della congettura che il nostro indice possa spettare a Teofilo; mentre, inversamente, da questa congettura acquisterebbero nuova forza le illazioni dello Zachariae.

20-24. Dig. 2, 14, 7, 2 (ut puta...-obligationem). - Doroth.? sch. Τῶν φυσικῶν I, 562. - Stephan. sch. Μαθών I, 559. - Bas. 11, 1, 7 (I, 558). - Syn. Bas. Σ. VIII, 5.

24-28. Dig. 19, 5, 5, 2 (Paul 5 quaestionum). - Bas. 20, 4, 5 (II, 380).

26. ανωνυμον: è la prima volta, avanti i Basilici (20, 4, 3), che quest' aggettivo compare nel senso tecnico degl' interpreti. Il riscontro è interessante per la lessicografia giuridica.

28-35. Dig. 2, 14, 7, 2 (et ideo...-sufficere). - Stephan. sch. Μαθών I, 559. - Cyrill. sch. Κυρίλλου I, 562. - Bas. 11, 1, 7 (I. 558). - Syn. Bas. Σ. VIII, 5. - cfr. Dig. 19, 5, 5, 2 (Paul. 5 quaestionum). - Bas. 20, 4, 5 (II, 380). La relazione di queste opinioni è assai più esatta nell' indice fiorentino che in quello di Stefano, dove pure ci sono conservate. Stefano riferisce dapprima che Ulpiano, non Giuliano, avrebbe risposto, interrogato da Maurizio (?), e sarebbe poi stato criticato da Marciano; poi dice che Giuliano fu ripreso da Marciano (Heimbach, *Ztschr. f. Rechtsgesch* II, 365). Nel Digesto, come nel papiro, Ulpiano riferisce che Giuliano fu ripreso da Mauriciano.

III (c *recto*).

1-4. Dig. 2, 14, 7, 5 (quin immo...-nascatur). - Cod. 2, 3, 13 (Maximin.). - Doroth.? sch. Εἰ καί I, 565. - Stephan. sch. Μαθών I, 560. - Stephan. sch. Ὁ ἐπερωτήσας I, 566. - Cyrill. sch. Κυρίλλου I, 562. - sch. Τῶν συμφώνων I, 563. - Bas. 11, 1, 7 (I, 564). - Syn. Bas. Σ. VIII, 6.

4-7? sch. Τῶν συμφώνων I, 563. - Nei contratti di stretto diritto il patto fatto inizialmente non può modificare l' azione a vantaggio dell' attore.

8-12. In base a patto non possono esigersi le usure nel mutuo, ma è necessaria un' apposita stipulazione.

12-16. In base a nudo patto si potranno esigere le usure di un mutuo, mediante la ritenzione del pegno (Dig. 13, 7, 8, 5; Cod. 4, 32, 4; Cod. 4, 32, 22)?

17-19? Dig. 2, 14, 7, 5 (sed ex parte rei...-exceptiones). - Stephan. sch. Ὁ ἐπερωτήσας I, 566. - sch. Ἀπὸ γυμνῶν I, 565.

22-32? Dig. 2, 14, 7, 6. (Adeo...-potest?) - Stephan. sch. Ὁ ἐπερωτήσας I, 566-567. - sch. Τῶν συμφώνων I, 563. - sch. Οἷον I, 568. - Bas. 11, 1, 7 (I, 564). - Syn. Bas. Σ. VIII, 6. - cfr. Dig. 18, 1, 6, 2 (Pomp. 9 ad Sabinum). - Bas. 19, 1, 5 (II, 258).

IV (d *verso*).

1-8. Continua dei patti nudi, nei contratti di buona fede: esempio di recesso parziale dalla compra-vendita *re nondum secuta.* - Nota come le parti, secondo l'uso della scuola, sono rappresentate da me e da te.

8-11. Dig. 18, 5, 2 (Pomp. 24 ad Sabinum). - Bas. 19, 5, 2 (II, 278). - Stephan. sch. Ὁ ἐπερωτήσας I, 567. - Cyrill. sch. Κυρίλλ. I, 568.

11-20? Dig. 2, 14. 7, 6 (et haec ita...-partis emptione). - Stephan. sch. Ὁ ἐπερωτήσας I, 567.

22-26. Dig. 2, 14, 7, 6 (sed cum...-emptionem). - Doroth.? sch. Ἐπώλησε I, 569. - Stephan. sch. Ὁ ἐπερωτήσας I, 567. - Cyrill. sch. Κυρίλλου I, 568. - Bas. 11, 1, 7 (I, 564). - Syn. Bas. Σ. VIII, 6.

26-28. Dig. 2, 14, 7, 6 (quoniam...-exceptionem)?

29-34. Dig. 2, 14, 7, 7. - Stephan. sch. Ἐντεῦθεν I, 569. - Cyrill. sch. Κυρίλλου I, 569. - Bas. 11, 1, 7 (I, 569). - Syn. Bas. Σ. VIII, 7.

La rubrica marginale περὶ τῶν πάκτων ἀκύρων, sebbene posta in corrispondenza delle linee superiori, deve riferirsi a questo punto, dove si espone il contenuto del § 7 del fr. 7.

FILIPPO VASSALLI.

RIVISTA DI PAPIROLOGIA GIURIDICA

PER L'ANNO 1910[1])

Sommario. — I. *Nuovi documenti.* — 1. Papiri di Berlino, - 2. di Ossirinco, - 3. di Firenze, - 4. di Giessen, - 5. del Cairo, - 6. di Londra. - 7. Documenti varii. - 8. Raccolte e crestomazie. — II. *Studii di diritto pubblico e privato sui papiri.* - 9. La costituzione dello stato e la popolazione. - 10. Il diritto minerario. - 11. L'amministrazione finanziaria e il movimento della ricchezza: le operazioni di giro. - 12. Il regime delle terre pubbliche e private e le origini del colonato. - 13. La proprietà privata e la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων. - 14. Le garanzie reali delle obbligazioni. - 15. L'esecuzione personale e la παραμονή. - 16. Il documento: le sue forme e la sua portata. - 17. Il 'receptum nautarum' nei papiri. - 18. Diritto di famiglia: ius liberorum. - 19. Il processo civile: i libelli e l'inizio del procedimento. — III. *Studii fondamentali di diritto greco.* - 20. Società e Stato. - 21. Le corporazioni. - 22. Diritto ereditario. — IV. *Diritto romano e papirologia.* - 23. Appunti bibliografici.

I.

Il contributo che l'anno 1910 apporta al 'Corpus papyrorum', che i nostri nipoti metteranno insieme, è certo dei più notevoli: mentre le edizioni già celebri sono state proseguite validamente coi nuovi fascicoli dei documenti berlinesi e dei fiorentini, col volume VII di Ossirinco e col gigantesco volume IV del British Museum, altre notevolissime ne sono state iniziate per i papiri di Giessen e per quelli bizantini del Cairo, e abbondano le raccolte minori e le pubblicazioni

[1]) Per ragioni indipendenti dalla mia volontà, mi accingo a questa Rivista un po' tardi, negli ultimi mesi del 1911; più che mai quindi sono costretto a tener presenti, insieme e in connessione con gli scritti dell'anno passato, quelli dell'anno corrente. E contemporaneamente debbo anche riparare a qualche omissione (per me inevitabile) occorsa nella Rivista per il 1909. Anche ora ringrazio gli amici e i maestri che alla Rivista hanno contribuito con consigli ed aiuti; ricordo fra tutti il nostro insigne Vitelli, il Pistelli, il Bortolucci, il Bruck, il Wenger, lo Schubart.

di documenti singoli. Migliaia di voci diverse, dalle quali, nel primo momento, l'orecchio esercitato può cogliere solo qua e là qualche spunto, lasciando alla arguta pazienza delle ricerche singole lo studio definitivo delle questioni sollevate da ogni passo.

1. Coi fasc. 9° e 10° del vol IV delle BGU. (nn. 1141-1175, 1176-1184 descrizioni), lo SCHUBART ha continuata la sua edizione dei documenti di età augustea: il n. 1141 è una lettera privata, gli altri tutti documenti giuridici, e tutti - come i precedenti - singolarmente notevoli.

Era già ben nota la clausola, che compare nei documenti alessandrini dove contraggono obbligazioni i Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς: ἢ εἶναι αὐτὸν παραχρῆμα ἀγώγιμον καὶ συνέχεσθαι μέχρι τοῦ ἐκτῖσαι; ed era anche stata presa dottamente in esame la forma speciale di esecuzione personale a cui con queste parole si accennava (LEWALD, *Zur Personalexekution im Recht der Papyri*, Leipzig 1910: cfr. più oltre, II, 15).

Ma riguardo alla posizione degli ἀγώγιμοι presenta ora il massimo interesse il n. 1159. Il documento contiene - secondo l'editore - un contratto fra uno stratego e un suo rappresentante. Non si comprende di quale rappresentante si tratti; ma si può vedere ch' egli ha prestata la sua opera πρὸς ἐξυπηρέτησίν τινων ἔργων *κατὰ [τῶν μετὰ φυ]λακῆς ἀγωγίμων* (ll. 7-8); la lettura delle parole segnate in corsivo e l'uso della parola φυλακή in senso tecnico sono confermate dalla ulteriore dichiarazione delle ll. 10-12: ἔτι δὲ καὶ πεπιστευμένος ... *τὰς φυλακὰς τοῦ αὐτοῦ νομοῦ*. Che poi il sostantivo ἀγωγίμων sia usato nel suo significato tecnico, risulta dall' appartenenza del documento allo stesso ambiente, anzi alla cerchia d'affari dello stesso avvocato che così spesso redigeva, per conto dei clienti persiani, la clausola ἢ εἶναι αὐτὸν παραχρῆμα *ἀγώγιμον* κτλ. Il nostro documento ci apprende dunque che il συνέχεσθαι degli ἀγώγιμοι non è, come si sostiene nel citato volume del Lewald, un assoggettamento al potere privato del creditore, ma che anzi gli ἀγώγιμοι erano arrestati per debiti e rinchiusi in carceri pubbliche, allo stesso modo dei sudditi di altre nazionalità, che in base alla πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης erano affidati al δεσμωτήριον (cfr. BGU. IV 1138; POxy. II 259). Il che rende per il momento impossibile la determinazione della distinzione fra l' uno e l' altro procedimento esecutivo, anzi genera perfino il dubbio che non vi fosse altra differenza che di formulario.

I due fascicoli presenti sono ricchissimi di contratti di mutuo, di quietanze di restituzione di mutuo, e di altri contratti connessi con prestito di danaro.

Alcuni dei contratti di mutuo sono accompagnati da garanzia personale: così quello del n. 1145, di cui abbiamo due redazioni, contenenti l'una la sola assunzione di obbligazione passivamente solidale da parte dei due mutuatarii ἀλληλέγγυοι, l'altra (evidentemente posteriore) un testo identico alla prima redazione, con l'aggiunta della ἐγγύη εἰς ἔκτισιν di una parente dei debitori. Più spesso si trova la garanzia reale, nella forma dell'ὑπάλλαγμα; il quale è accompagnato normalmente dalla consegna dei documenti comprovanti la proprietà del debitore sui beni destinati alla garanzia (nn. 1147, 1149, 1151 II, 1167 III): corrispondentemente, alla restituzione della somma mutuata la cessazione del vincolo ipallagmatico si esprime con la restituzione dei documenti (cfr. le quietanze dei nn. 1148, 1150 I, 1152, 1167 II). [V. per l'esame di questi documenti SCHWARZ, *Hypothek und Hypallagma*, Leipzig 1911; cfr. anche in questa Rivista più oltre, II, 15]. Forse un ὑπάλλαγμα si nasconde anche nelle δανειστικαὶ ἀσφάλειαι del n. 1169.

I nostri documenti ci presentano anche la forma originaria di garanzia, la fiducia. Il diritto trasmesso in fiducia è nel n. 1158 la proprietà di un terreno (ὠνὴ ἐν πίστει), nel n. 1157 il possesso di una nave mercantile, nel n. 1171 un credito. Dai varii documenti vediamo chiaramente descritto il procedimento seguito: contemporaneamente alla συγχώρησις documentante il mutuo e la tradizione della cosa se ne redige un'altra, dove il mutuante si obbliga a ritrasmettere il diritto conferitogli appena il debito sia pagato (una συγχώρησις di questo tipo è quella del n. 1158); a pagamento avvenuto il diritto dato in garanzia si ritrasmette al debitore, e il reciproco soddisfacimento è documentato in una nuova συγχώρησις (tali appunto sono quelle dei nn. 1157 e 1171): sul n. 1157 v. ancora più oltre [e su tutti i negozii fiduciarii cfr. Schwarz, op. cit., 36 sgg.].

Nuovi documenti ci illuminano anche sulla diffusione che ebbe, almeno nel periodo e nella località di cui si tratta, la pratica di sostituir gli interessi con la prestazione di servigi da parte del debitore o di membri della sua famiglia (παραμονή). La quietanza di mutuo al n. 1153 II contiene insieme la liberazione del figlio della debitrice

dalla παραμονή stipulata nel contratto (ll. 17-18: [καὶ εἶ]ναι ἄκυρο(ν) τὴν τοῦ δανείο(υ) συνχώρη(σιν) σὺν τῇ διὰ τῆ(ς) αὐτῆ(ς) [συνχ(ωρήσεως)] σημαινομ(ένῃ) παραμο(νῇ) τοῦ υἱο(ῦ) αὐτῆ(ς) Πάρωνος); e analogamente il n. 1154 libera dalla παραμονή, in seguito al pagamento, il debitore e suo figlio (cfr. sulla παραμονή Lewald, op. cit., 13 sgg.; e più oltre, II, 15). — La soggezione economica del debitore, così vivamente rappresentata nei contratti di παραμονή, riappare in tutta la sua crudezza ai nn. 1151 II e 1156, dove è pattuita la restituzione in rate quotidiane, e le solite gravissime sanzioni dell'inadempimento (ἀγώγιμον εἶναι fino a restituzione del capitale con ἡμιολία e τόκοι δίδραχμοι) sono comminate anche per il caso di mancata prestazione della rata di un sol giorno: e pure i mutuatarii del n. 1151 II sono due ξυλοπωλαί, e sottopongono ad ὑπάλλαγμα i loro negozii! Anche di contratti simili si aveva un caso coevo, al n. 1053; ora può constatarsene la grande diffusione nel mondo alessandrino, o almeno nel mondo - particolarmente miserabile e disprezzato - dei Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς.

Una interessante dichiarazione è contenuta nella restituzione di mutuo attestata al n. 1148. Il pagamento è fatto a Taphasies, vedova del mutuante, da Apollonia, debitrice pro parte e vedova del suo condebitore Dionysios. La dichiarazione dell'avvenuto pagamento è conclusa con le parole (l. 15 sgg.): διὰ τὸ τοῦ Διονυσίου μετηλ|λαχότος τὴν Ταφασιὴν προσεληλυθέναι κα[το]|χῇ (aggiunto, di sopra: αφ .τῇ| αὐτού) ἀκολούθως τοῖς τῆς χώρα(ς) νό[μοις] πρὸς [τῆ]ν κ[ατ]|οχὴν τὴν Διονυσίου συγγραφὴ[ν] αἰ[γυ]πτίαν. La frase è scorretta ed oscura; ed è forse da accogliere la proposta dello Schubart (ad h. l.), il quale suppone che sia stato aggiunto di sopra dalla l. 17 e sia poi scomparso per le lacerature del papiro διδοῦσαν, e che lo scriba abbia scritto per errore a l. 18 Διονυσίου invece di συνοικισίου: si dovrebbe leggere [διδοῦσαν] πρὸς τὴν κατοχὴν τὴν συνοικισίου συγγραφὴν αἰγυπτίαν, e intendere che Taphasies sia entrata in possesso del patrimonio del marito in base al vincolo gravante sul patrimonio stesso in forza del contratto di matrimonio (cfr. l'editto di Mezio Rufo nella petizione di Dionisia, POxy. II 237, VIII, 31 sgg.). Dico che è *forse* da accogliere, ma non so dichiararla una spiegazione sicura: si noti che la espressione συγγραφὴ αἰγυπτία si trova sempre usata senza l'indicazione al genitivo del contenuto dispositivo della singrafe, e che il nome Dionysios non è quello del defunto creditore, ma quello del defunto condebitore. Dovrà forse

intendersi che Taphasies sia entrata, per una convenzione col debitore, in possesso di alcuni beni di lui, e che in questo senso ella si dichiari soddisfatta del suo credito ?

A un rapporto di mutuo si riferisce anche il documento pubblicato al n. 1144 con la falsa rubrica 'Vertrag über Sicherung von Bürgen'. Contraenti sono da una parte Tryphon, dall' altra Pompeo e Tolemeo. In un contratto precedente (συγγραφή e διαγραφή bancaria) hanno preso a mutuo tutti insieme da altri 600 dracme: ma di queste 520 sono state consumate da Pompeo, 80 da Tolemeo. Ora i due che hanno effettivamente goduto del mutuo promettono di pagare ciascuno la quota da lui consumata, di garantire Tryphon da ogni azione del mutuante e di garantirsi anche a vicenda da azioni per somme superiori a quelle individualmente consumate. Alla συγχώρησις resta estraneo il creditore, e perciò deve intendersi cum grano salis la frase della l. 10 sg. συνχωροῦμ[εν] ..... ἀποδοῦναι ἕκαστον τὸ ἐν ἑα(υ)τῷ κεφάλαιον .....| σὺν τοῖς τόκοις: si tratti di obbligazione solidale o parziaria, il creditore non potrà esser tenuto ad accettare un pagamento inferiore a quello imposto a ciascuno dalla διαγραφή originaria. Il senso della frase è fatto manifesto dalla successiva (l. 12 sgg.): καὶ παρέξεσθ[αι] ἀμφότεροι μὲν τὸν Τρύφωνα μη|δὲν πρασσόμενον τοῦ δανείου χάριν κτλ.[1]) Sembra analogo il n. 1163, dove si ha ancora - a mio avviso - un regolamento di conti, questa volta fra più compratori che avevano assunto solidalmente l'obbligo di pagare il prezzo.

Il n 1151 contiene una συγχώρησις relativa a un legato (ἃς [*scil.* δραχμὰς] ... 'Αλέξανδρος ... διατέταχεν αὐτῇ [*scil.* Διονυσίᾳ] καθ' ἣν ἔθετο διαθήκ(ην)): in parte la somma è pagata, in parte assunta a debito come da mutuo con obbligazione accessoria agli interessi.

Ad una forma specialissima di contratto di prestito si accenna - mi pare - nel n 1165. Poichè vi si parla più volte di ἔρανος, l' editore ha creduto di avvicinare il nostro contratto a quelli, della stessa raccolta (nn. 1033-1036), in cui appare come mutuante la società di mutuo soccorso chiamata ἔρανος. Ma, a parte che il creditore a cui

[1]) [La interpretazione esatta è gia in BERGER, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden* (Leipzig 1911), 204, n. 6; il quale avvicina l'obbligazione contratta da Pompeo e Tolemeo alle obbligazioni di indennità contratte in BGU. IV 1133 (cfr. Rivista 1909, I, 1) e in POxy. II 286 verso il prestanome, in POxy. II 270 verso il garante. Il B. assume anche che i tre condebitori siano ἀλληλέγγυοι; il che è infatti molto probabile].

qui si fa la restituzione non si presenta - come sempre in quei casi - quale eranarca, le locuzioni usate (l. 15 sgg. ᾧ ἀνίληφαν ... *ἐράνῳ καὶ τόκοις*; e poi μηδεμ[ίαν ... καταλείπεσ]θαι ἔφοδον ... περὶ τοῦ αὐ[τοῦ ἐ]*ράνου ἢ τόκων*) sembrano indicare l' ἔρανος non come soggetto, ma come oggetto del rapporto obbligatorio. Suppongo perciò, con ogni riserva, che la parola ἔρανος sia qui intesa nel senso, che originariamente ha avuto nel mondo ellenico, di somma raccolta da più parti a un determinato scopo; e lo scopo sarebbe qui, come normalmente anche nell'Attica, quello di fornire all'accipiente della somma i mezzi necessarii a una determinata impresa, imponendosi l'obbligo della restituzione della somma complessiva a un rappresentante del gruppo sottoscrittore (cfr. Ziebarth, in Pauly-Wissowa, h. v. = VI, 328 sgg.). Un indizio a favore di questa opinione potrebbe trovarsi anche nell' accenno (ll. 29 sgg) a debiti precedenti che sarebbero stati presi in considerazione nella συγχώρησις relativa alla obbligazione presente. Sarebbe in ogni modo questa la prima traccia dell' istituto nel campo papirologico.

Molto più incerta è la natura del ψιλὸν πιττάκιον, che nel n. 1167 I figura come documento bancario in relazione con un contratto di mutuo: lo Schubart, *ad h. l.*, conclude con un *non liquet.*

Contratti di alienazione ci si presentano sia in relazione a cose oggetto di proprietà (ὠνή - πρᾶσις), sia in relazione a crediti, sia finalmente riguardo al possesso di navi mercantili (μισθοπρασία)

Alla cessione κατὰ πίστιν del n 1171 ho già accennato: una cessione pura e semplice a titolo oneroso si ha invece nel n. 1170 IV, quasi letteralmente conforme al POxy. II 271 (sul quale cfr. Wenger, *St. in onore di C. Fadda*, IV, 87 sgg.)[1]).

Il n. 1157 (μισθοπρασία fiduciaria di una nave) risuscita la vecchia questione già discussa intorno al PLond. III 1164 h (a. 212 d. C.), interpretato dai più come locazione fittizia (Mitteis, ZSS, XXVIII, 383; De Ruggiero, Bull., XX, 48 sgg.; [Berger, *Strafklauseln*, 148 sgg.]), da me come contratto di tipo analogo alla enfiteusi (Arangio-Ruiz, Arch. giur, LXXXI, 443 sg.; cfr. ora, in qualche modo, Rostowzew, *Kolonat*, 403 sg.). Il n. 1157 mi sembra confermare la mia critica, anzitutto in quanto dimostra fallaci le ragioni, connesse

[1]) Appunto per analogia con POxy. II 271 proporrei a l. 21 la lettura ἐπιτελεῖν.

alla tarda legislazione romana, con cui si era tentato di spiegare la pretesa simulazione; ma più ancora in quanto mostra come la denominazione di μισθοπρασία abbia valore tecnico a designare un tipo ben determinato di contratto su navi mercantili, praticato già nell'epoca di Augusto. Il documento si presenta del resto sostanzialmente analogo al precedente: l'uso del verbo μισθόω accanto al sostantivo composto μισθοπρασία, la lunga durata assegnata al godimento (50 anni, in PLond. 60 anni), la βεβαίωσις, la minuta descrizione dei poteri spettanti al concessionario, sono altrettanti contrassegni comuni, da cui si ricava la esistenza di un formulario notarile apposito, che è stato in vigore per tutta l'epoca romana Le ragioni son certo da cercare – come bene ammonisce il Rostowzew a proposito del PLond. – nei rapporti fra l'autorità pubblica e i privati possessori di navi, e nei caratteri ancora ignoti di questo possesso: la ulteriore affermazione del R., che manchi per l'epoca romana ogni accenno ad autentica vendita di navi, è *forse* eccessiva di fronte al PLond II 317 (156 d. C.) *ad v.* τιμ(ὴ) οὗ ἐώνηται ... πλοίου; ma è certo che contratti di vendita non ne sono pervenuti, e che in queste condizioni la conservazione di due μισθοπρασίαι così lontane nel tempo è buon segno della diffusione di questo tipo contrattuale [1]). Di straordinaria importanza poi per la determinazione della struttura della μισθοπρασία è, a mio avviso, il fatto che nel nostro documento essa ha la funzione di remancipatio fiduciae causa (v. sopra). Ora, non è possibile che il fiduciario abbia trasmesso ai fiducianti un potere sulla cosa inferiore a quello che gli era stato ceduto: quantunque la forma del ne-

[1] Nella descrizione del n. 1179 (frammento inedito), lo SCHUBART parla di « Schluss eines Kaufvertrages über ein Boot ». Ma lo S. dà nome di *Verkauf* anche alla μισθοπρασία esaminata; e le clausole conservate del n. 1179 sono probabilmente quelle generali sulla portata dell'acquisto e sulla βεβαίωσις, comuni - come si è visto - all'uno e all'altro tipo di contrattazione.

[A un contratto di vendita di nave accenna anche il WENGER nel recentissimo *Vorbericht über die Münchener byzantinischen Papyri* (in *S.-B. der kgl. bayer. Akad., Philos.-philol. Kl.*, 1911, 8), p. 18, a proposito del n. d'inv. 106. E alla mia domanda in proposito l'insigne romanista risponde cortesissimamente, che il documento « betrifft keine μισθοπρασία, sondern wirklichen Verkauf. Ll. 7-9: *πεπρακέναι* | ὑμῖν σήμερον καὶ καταγεγραφηκέναι *νόμῳ πρ[άσ]εως καὶ* | *δεσποτικῷ δικαίῳ* τὸ ὑπᾶρχόν μοι πλοῖον κτλ. ». La comunicazione, della quale infinitamente ringrazio, non toglie, anzi accresce valore a quanto affermo nel testo: il nuovo papiro appartiene infatti ad epoca bizantina molto tarda, e precisamente al regno di Tiberio II (cf. *Vorbericht*, p. 8)].

gozio sembri presentare lui come proprietario e gli altri come concessionarii di un potere limitato di godimento, quantunque si parli di nave ὑπάρχουσ(α) αὐτῷ (l. 8) e μεμισθωκ(υῖα) alla controparte, è chiaro che l'atto ha lo scopo della trasmissione di tutti i poteri che il diritto concede ai navicularii privati. Se dunque è assurdo (come già avevo rilevato altra volta) il pensare a una finzione, è anche alquanto inesatto il confronto che io istituii fra la μισθοπρασία e la concessione enfiteutica: la verità è che la μισθοπρασία, pur essendo modellata sulle concessioni enfiteutiche di terre pubbliche, non è costitutiva di diritto su cosa altrui, ma è una vera e piena alienazione, paragonabile nella sua sostanza da un canto alla vendita di cosa in proprietà privata, dall'altro - ciò che meglio concorderebbe anche con la sua forma - alla trasmissione a titolo oneroso del diritto enfiteutico. E probabilmente la sua origine è da riconnettere a un principio - contemporaneo o forse soltanto preesistente - che attribuiva allo stato il dominio eminente su tutte le navi.

Ricordo ancora i documenti relativi alla vendita. La vendita di derrate con anticipazione del prezzo (il 'Lieferungsvertrag' dei tedeschi) è ben noto ai papiri, e i nn. 1142 e 1143 non fanno che darne due nuovi esempi. Il n. 1146 ci presenta invece la novazione del debito del prezzo, che gli otto compratori si obbligano a pagare a rate.

Al n. 1153 I abbiamo un nuovo frammento di contratto di baliatico, del tutto analogo agli altri notissimi (nn. 1058, 1106-1109).

2. Sul volume VII di Oxyrhynchos (*The Oxyrhynchus Papyri*, Part VII, ed. with transl. and notes by A. S. Hunt, London 1910) cfr. Mitteis, *ZSS.*, XXXI, 391 sg.; Viereck, *Byz. Ztschr.*, XIX, 680; Zocco-Rosa, *Riv. ital. sc. giur.*, XLVIII, 283 sgg; Wilcken, *Arch. f. Papf.*, V, 439 sgg.; [Schmidt, *Gött. Gel. Anz.*, 1911, 2345 sgg.] Per i lettori del 'Bullettino' posso specialmente rinviare al Bortolucci (in questo volume, 103 sgg.), da cui taluni fra i più importanti documenti sono acutamente commentati: aggiungo soltanto poche note.

Sul n. 1027 cfr. Mitteis, l. c.; [Wenger, *VJSchr. f. Soc.- u. Wirtsch.-Gesch.*, 1911, 195 sg.; ed ora soprattutto Schwarz, *Hypothek u. Hypallagma*, 104 sg. e *passim*]. Secondo lo S., di concorso di più ipoteche non si può parlare: l'ἐνεχυρασία che il creditore istante mette in atto può essere la esplicazione di un normale procedimento

esecutivo sui beni, e in ogni caso essa sarebbe compatibile con un ὑπάλλαγμα, non mai con una ipoteca; e la frase ὑπόκειται αὐτῷ, sulla quale si fonda la opposizione del padre dei debitori alla prosecuzione della esecuzione, è anch' essa incerta. Queste osservazioni debbono rendere ancora più cauti nello sfruttare il testo per la questione del valore della iscrizione dei diritti reali nella βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων; ma, nella ipotesi che effettivamente vi fosse un concorso di ὑπάλλαγμα e ὑποθήκη, è certo che il nuovo testo concorrerebbe ad appoggiare la tesi del Mitteis, per cui il sistema seguìto nell' Egitto romano corrisponde sostanzialmente al sistema della iscrizione e della trascrizione, adottato dal Codice francese e dal nostro (cfr in questa Rivista più oltre, II, 13).

Al n 1042 (a. 578) è un mutuo senza termine, da restituirsi al mutuante ὁπόταν βουληθ(ῇ); il primo caso di questo genere che i papiri, a mia scienza, presentino. Volentieri metterei il nostro documento in relazione con le locazioni a tempo indeterminato, frequentissime nella stessa epoca e rappresentate anche da due documenti del volume in esame (nn. 1037, 1038)[1]: per queste ultime lo ZULUETA (*De patrociniis vicorum*, 44 sgg.) afferma acutamente la subsunzione sotto il concetto romano del precario, soprattutto ponendo in rilievo la frequente e visibile soggezione economica del conduttore e mettendola in rapporto con l' analogo fenomeno del colonato. Anche nel caso nostro il μυλοκόπος che prende in prestito un terzo di νόμισμα da un *subadiuva* τῆς ἡγεμον(ικῆς) τάξεως è di fronte a costui in condizione di grande inferiorità, e la esprime nel linguaggio reverente e sommesso (l. 22: τῆς σῆς λαμπρ(ότητος), e *passim*): noto anche che non si parla di δάνειον, ma di χρῆσις τοῦ νομισματίου, con una espressione che richiama molto da vicino l' analogia del precario. Tuttavia la costruzione giuridica deve, a mio avviso, considerare pur sempre la μίσθωσις ὁπόταν βουληθῇ come locazione, e la nostra χρῆσις come mutuo, nonostante il nuovo e diverso substrato economico. La parola χρῆσις e la frase εἰς ἀναγκαίας μου χρείας pongono anche nettamente la distinzione fra il contratto nostro e il documento di deposito irregolare, molto anteriore d' altronde (a. 210), conservato al n 1039 [sul quale cfr., oltre Bortolucci cit., anche COSTA, *Sopra un nuovo documento di*

[1]) Il primo dei casi finora noti (PHernals 16, 1) era dell' a. 486; il n. 1037 ci permette di risalire fino al 444.

deposito irregolare, in *Rend. dell'Acc. delle Sc. dell'Ist. di Bologna*, 1911. Nel PHamb. I 2, invece, la παραθήκη non è che un mutuo dissimulato].

Un altro notevole contratto di mutuo è al n. 1040 (a. 225). Pekysis e il figlio Petenouphis dichiarano di aver ricevuto da Theon πυροῦ ... ἀρτάβας τέσσαρας ἐπὶ διαφόρῳ ἡμιολίας, ὡς εἶναι ἐπὶ τὸ αὐτὸ πυροῦ σὺν διαφόρῳ ἀρτάβας ἕξ, e si obbligano a rendere le sei artabe ἐξ ἀλληλεγγύης [1]; chè, se non rendano al giorno fissato, saranno obbligati a restituire le ἀρτάβας ἕξ μεθ' ἡμιολίας καὶ διάφορον τοῦ ὑπερπεσόντος χρόνου [ὁμοί]ως ἐξ ἡμιολίας. Formule analoghe esistevano già in PTebt. I 110 e in PAmh. II 147; ed era discusso fra i papirologi se nella dichiarazione di aver ricevuto un certo numero di artabe di frumento σὺν ἡμιολίᾳ si dovesse vedere la novazione di un precedente debito da mutuo accresciuto dalla pena contrattuale. La novazione è ora esclusa da Hunt (ad h. l.) [e da Berger, *Strafklauseln*, 92] in base alla espressione ἐπὶ διαφόρῳ ἡμιολίας, dove διάφορον = τόκοι: un ulteriore e più grave argomento nello stesso senso mi sembra debba trarsi dal fatto che il frumento prestato appartiene al raccolto del quarto anno di Alessandro Severo (l. 9), e l'attuale promessa ad uno dei primi mesi (Athyr) dell'anno 5. Bisogna dunque concludere che si tratti di veri e proprii interessi convenzionali: la tendenza, che nei citati documenti si manifesta, a coinvolgere in una somma unica, previamente e univocamente fissata, capitale e interessi, non è che una manifestazione della più vasta tendenza a considerare l'istrumento di debito come obbligazione formale ed astratta [2]).

Sul n. 1032 e sulla necessità che se ne deduce di un permesso delle autorità per la cultura delle vigne nei fondi in proprietà privata (l. 9: *ἰδίων* οἰκοπέδων) cfr. Lumbroso, *Lettere al prof. Wilcken*, LXVI, in *Arch. f. Papf.*, V, 407 sg.; il quale vede nel papiro un argomento per interpretare nello stesso senso il *si liceat* usato da Plinio, *N. H.*, 19, 79, a proposito della coltivazione del rafano in

[1]) La somma è mutuata sostanzialmente per uso del solo Pekysis, e l'assunzione di obbligazione solidale da parte del figlio non ha altro scopo che la maggior garanzia del venditore. Ciò trova una curiosa espressione nel continuo scambio del singolare col plurale nei termini della dichiarazione.

[2]) L'anatocismo e il cumulo degli interessi convenzionali e dei moratorii, chiaramente fissati nella dichiarazione finale, non sono nuovi nel diritto dei papiri [cfr. Berger, op. cit., 122 sgg.].

Egitto Non credo che la frase pliniana si presti a questa interpretazione, nè credo che norme speciali potessero aver ragione di limitare l'innocentissima coltivazione del rafano. Piuttosto penso che si abbia, qui, nell'anno 147-48, un riflesso dell'anteriore edictum Domitiani de excidendis vineis, e delle relative restrizioni alla cultura della vite (cfr. Suet. *v. Dam.* 7, 2, 14, 2). [La esistenza di altre norme, per cui non si potevano attuare certe forme di edificazione e di cultura senza uno speciale permesso delle autorità, è dimostrata dal papiro pubblicato dal PREISIGKE in *Griech. Urk. des ägypt. Mus. zu Kairo* (Strassburg 1911), n. 12, dove appunto si contengono autorizzazioni alla costruzione di un sepolcro (ll. 2-4), di due cisterne (ll. 11-17) e di altre opere di fabbrica in varii fondi; ma si tratta qui, come pare, di terre pubbliche].

Sulla notificazione dell' assunzione al trono di Nerone (n. 1021) e sui suoi precedenti papirologici cfr. LUMBROSO, *Lettera* LXV, *ibid.*, p. 406.

3. Del secondo volume dei papiri fiorentini (*Papiri letterari ed epistolari*), affidato alle cure del COMPARETTI, si è pubblicato il fascicolo 2°, contenente una parte della promessa corrispondenza Eroniniana. Heroneinos è un φροντιστής privato, cioè un agente rurale destinato allo sfruttamento di varie tenute appartenenti a varii personaggi e site tutte nella κώμη Theadelphia, dove appunto Eronino risiede. La parte finora edita, che comprende i nn. 118-169, contiene lettere di un solo fra i corrispondenti di Eronino, e precisamente di Alipio, un appaltatore - come pare - di terre imperiali (οὐσιακαί ?), uomo ricchissimo e temuto, che il nostro φροντιστής ed altri colleghi suoi invocano come κύριος e onorano del titolo di κράτιστος. Le lettere contengono gli ordini e le comunicazioni più diverse: istruzioni sulla raccolta e sulle riparazioni necessarie ai fabbricati; ordini di fornire macchine e veicoli ed animali ad agenti incaricati di speciali lavori; ordini numerosissimi di fornir cibo e stallatico a bestie da soma o da fatica che passano da Theadelphia nel viaggio dall' uno all' altro podere, e alloggio ai contadini o vetturali che le conducono; norme sul pagamento delle tasse ai δεκάπρωτοι; e ancora disposizioni per l'acquisto di animali occorrenti ad Alipio per sacrifizii o per esecuzione di commissioni altrui, disposizioni sul passaggio del padrone e

sui provvedimenti necessarii per l'alloggio e il vitto. Molto notevoli per l'economista e il giurista sono i documenti, in numero già abbastanza rilevante, dove il vino è adoperato come sostitutivo del danaro: sia che si ordini ad Eronino di servirsi per determinate spese di questa o quella quantità del vino prodotto dall'azienda cui è preposto (nn. 143, 160, 161), sia che si dia ordine ad Eronino di fornire per scopi analoghi del suo vino a φροντισταί di altre fattorie (nn. 123, 136, 141, 144, 147, 164) o reciprocamente (nn. 131, 135, 146; e già PFay. 133). Il mandato di pagamento (ἀπολυσίδιον) ha una speciale formula ed è sottoscritto al momento dell'esazione dal φροντιστής accipiente: il vino è segnato a credito e a debito nelle partite dei singoli φροντισταί, in base alla valutazione che il proprietario impone sul fondamento del prezzo di mercato [1]. Per render completa la pubblicazione della corrispondenza, l'editore riproduce anche, avvicinandole ai documenti fiorentini più vicini di contenuto e di data, le lettere di Alipio già edite in altre raccolte: così il PFay. 133 (p. 84), il PStrassb. 32 (p. 85), il PArch. III 405 (p. 87), i PReinach 52 (p. 89) e 53 (p. 92).

4. Fra le edizioni iniziate ora, è già celeberrima quella dei papiri di Giessen, dovuta al Meyer e al Kornemann (*Griechische Papyri im Museum des oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen*, im Verein mit O. Eger herausgegeben und erklärt von E. Kornemann und P. M. Meyer. B. I, H. 1, von E. Kornemann und O. Eger; H. 2, von P. M. Meyer, Leipzig, Teubner, 1910): la pubblicazione della constitutio Antoniniana, già preannunziata e vivamente attesa (cfr. Rivista 1909, I, 3), ha fatto convergere sulla nuova collezione l'attenzione dei papirologi e dei giuristi (cfr. le recensioni e appunti di Mitteis, *ZSS.*, XXXI, 386 sgg.; Wenger, *VJSchr. f. Soc.- u. Wirtsch.-Gesch.*, 1911, 191 sgg.; Schubart, *Dtsche Litz.*, 1910, 1312 sgg., 2269 sgg.;

[1]) Questo uso del vino come mezzo di scambio richiama vivamente il passo di Gai. IV 61, dove si accenna a depositi di vino in conto corrente presso i banchieri: il Partsch (*Gött. Gel. Anz.*, 1910, 729, n. 3) è giustamente arrivato a conclusioni negative per quanto riguarda le banche egiziane, ma non ha posto mente alla funzione di mezzo di scambio, che il vino esercita indubbiamente nei papiri eroniniani. Quanto la coincidenza sia notevole per i rapporti di Gaio col mondo ellenistico, non è il caso di rilevare in questo luogo.

VIERECK, *Byz. Ztschr.*, XIX, 679 sgg.; WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 426 sgg.).

Il documento tanto atteso è pubblicato col n. 40, e contiene tre costituzioni di Antonino Caracalla: prima nella serie quella che estende ai sudditi dell' impero la cittadinanza romana. Che la concessione fosse ben più limitata di quanto apparisse dalle più celebri dichiarazioni testuali, e in ispecie dal D. 1, 5, 17, che cioè anche dopo l' editto antoniniano fossero rimasti nell' impero sudditi non cittadini, era noto da un pezzo ai romanisti, e ai papirologi specialmente; anzi si era già supposto che dalla concessione fossero esclusi i dediticii (così già Ortolan, Explication historique des institutions, I, 296). Ora troviamo detto nel papiro (I, 7 sgg.): δίδωμι τοῖ[ς σ]υνάπα|[σιν ξένοις τοῖς κατὰ τ]ὴν οἰκουμένην π[ολιτ]είαν Ῥωμαίων, [μ]ένοντος | [παντὸς γένους πολιτευμ]άτων, *χωρ[ὶς] τῶν [δεδ]ειτικίων*; e sembra che la frase segnata in corsivo si riconnetta direttamente al δίδωμι, esprimendo appunto la permanente esclusione dei dediticii dalla cittadinanza. La precisa dichiarazione, mentre conferma le limitazioni già intravviste e rileva una probabile interpolazione nel D. 1, 5, 17 cit. ([Exceptis dediticiis] in orbe Romano rell. Ulp [Mitteis]), appunta lo sguardo degli studiosi sulla determinazione esatta della categoria dei dediticii, troppo vagamente descritta dalla definizione gaiana (I 14: ' hi qui quondam adversus populum romanum armis susceptis pugnaverunt, deinde victi se dediderunt '). Sembra chiaro che il massimo valore debba essere dato a quel ' nullius certae civitatis esse ', che più volte si trova rilevato per analogia a proposito dei liberti dediticiorum numero ex lege Aelia Sentia (p. es. Ulp. XX 14); intendendo però la frase non come esclusione da ogni comunione e da ogni diritto statuale (ciò può dirsi solo dei liberti dediticiorum numero, effettivamente privi di patria), ma soltanto come negata appartenenza a comunità cittadine o politiche nel senso etimologico delle parole [1]). Perciò, come prima della costituzione antoniniana l' acquisto della cittadinanza alessandrina era tramite necessario per l' acquisto della cittadinanza romana da parte dei λαοί (Plin. *ad Trai.* 6, 1), così la costituzione antoniniana fece romani gli alessandrini, lasciando gli

[1]) Cfr. Ioseph. c. Apion. II, 4: ' καίτοι μόνοις Αἰγυπτίοις οἱ κύριοι νῦν Ῥωμαῖοι τῆς οἰκουμένης *μεταλαμβάνειν ἡστινοσοῦν πολιτείας* ἀπειρήκασιν '.

abitanti della χώρα nella posizione di dediticii. Per quali vie poi la cittadinanza abbia finito per estendersi nel fatto a tutti gli abitanti dell'impero, è questione sempre aperta: io penso col Wilcken che molto abbia contribuito a questo fine la organizzazione municipale delle provincie, compiutasi appunto durante il III secolo d. C. (cfr. ora su questo sviluppo storico il libro di JOUGUET, *La vie municipale dans l'Egypte romaine*, Paris 1911). In ogni modo, nel punto della emanazione dell'editto di Caracalla, la posizione dei dediticii è segnata dal tributum capitis (λαογραφία): l'opinione già ricevuta (cfr. da ultimo Schulten, in Pauly-Wissowa, IV, 2359 sgg.), secondo la quale dediticii e λαογραφούμενοι sono la stessa categoria di persone, è riaffermata decisamente dal Meyer. E nella stessa direzione il WILCKEN [1]) ha ricercata la portata della denominazione di ὁμόλογοι, usata spesso quale equivalente di λαογραφούμενοι. Ὁμολογεῖν ha più volte presso i classici il significato di sottomettersi al nemico, e corrisponde così al *dedere* dei latini; ὁμόλογοι val dunque *dediticii*, e il confondersi della categoria degli ὁμόλογοι con quella dei λαογραφούμενοι riprova ancora una volta il rapporto inscindibile fra il tributo del capo e la posizione di dediticio [2]). La dimostrata restrizione della concessione della cittadinanza rende intelligibile lo scopo fiscale perseguito: mentre infatti la innovazione estendeva a un forte numero di provinciali le imposte sulle eredità e sulle manomissioni, non limitava in nessun modo il gettito della λαογραφία, dalla quale appunto erano stati sempre esenti quelli che ora venivano ricevuti nella cittadinanza. Che del resto lo scopo fosse eminentemente fiscale è detto troppo chiaramente dagli antichi scrittori, perchè possa fare impressione in senso contrario la motivazione ufficiale (ll. 4 sgg.), di voler attuare un sincretismo religioso fra Roma e le province: un fine a cui il mezzo prescelto sarebbe stato troppo sproporzionato [3]).

[1]) Prima in un breve *excursus* inserito nel libro di ROSTOWZEW, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates*, 220 sgg.; poi nella rec. cit.

[2]) Sulla sorte ulteriore della parola ὁμόλογος cfr. Wilcken, ll. cc.

[3]) [Dalla costituzione antoniniana prende occasione il BRASSLOFF per lo studio *Die Peregrinenprätur und die Constitutio antoniniana v. J. 212* in *Bull. dell'imp. Ist. arch. germ.* XXVI, 1911, 260 sgg — La fusione della pretura peregrina con la urbana è tra i primi effetti della estensione della cittadinanza; e agli anni di poco posteriori appartiene infatti CIL. III 6154, dove la recente fusione è appunto espressa dalla frase: *qui ius dixit inte(r) civ(is) et civis et pereg(rinos)*].

Il secondo editto conservato in PGiss. 40 contiene varie interpretazioni autentiche date l' 11 luglio 212 all' editto generale di amnistia proposto subito dopo l' uccisione di Geta. Benchè il testo sia lacunoso, credo si debbano intendere come interpretazioni autentiche anche le disposizioni date alla l. 1 sgg. sugli ' ad tempus honore moti ', quantunque si trovino riferite come disposizioni generali in Ulpiano, D. 50, 2, 3, 1, e nella c. 10, 61 (59), 1. Nel Codice i compilatori hanno sostituita alla espressione generale ' honoribus civitatis ' (τὰς πολιτικὰς τιμάς pap. II, 3) la parola ' ordine ' (scil. ' decurionum '), conformemente alle regole della organizzazione amministrativa bizantina: così anche probabilmente nel testo di Ulpiano.

Il documento si chiude con una epistola del 215, nella quale l' imperatore ordina al prefetto di espellere da Alessandria gli egiziani che, convenendovi da ogni parte, lasciano incolte le terre loro affidate e popolano la città di una moltitudine torbida e oziosa. La disposizione (dalla quale sono esclusi i navicularii, i suarii, i viaggiatori di piacere, coloro che portano vittime al Serapeo e simili) mostra ancora una volta qual differenza si facesse anche dopo l' editto del 212 fra alessandrini e λαόι: le ultime parole (II, 26 sgg.), dove si ricorda la facilità con la quale i fellahs egiziani si distinguano, per l' abito esteriore e per il modo d' agire, dai cittadini, sono pregne di disprezzo (per i precedenti storici della epistola, v. Wilcken, rec. cit.; Rostowzew, *Kolonat*, 210 sgg.).

La subscriptio del secondo editto, perfettamente conservata (II, 12 sgg.), ha riaperto la disputa intorno alle norme romane sulla pubblicazione delle leggi. La pubblicazione dell' editto fu fatta (προετέθη) in Roma l' 11 luglio 212, in Alessandria dall' ἐπίτροπος τῶν οὐσιακῶν il 10 febbraio 213, dopo un processo verbale redatto il 29 gennaio; e la grande distanza fra le due pubblicazioni dà importanza notevole alla questione, se anteriormente alla seconda avesse l' editto efficacia obbligatoria per i sudditi greco-egiziani. La espressa dichiarazione delle solennità che hanno accompagnato la proposizione in Alessandria sembra dare a questa valore decisivo; ma è certo che su questo punto siamo ben lontani dalla precisa conoscenza della verità (cfr. per i precedenti della questione Mitteis e Wenger, ll. cc.).

Gli altri documenti della collezione appartengono ai più varii periodi. All' epoca tolemaica il n. 2 e i nn. 36-39. Il primo è un con-

tratto di matrimonio, notevole (come bene illustra il Kornemann) perchè mostra in epoca greca ancor viva nel sentimento giuridico della χώρα la concezione elevata della posizione della donna nella famiglia, dominante sul diritto egiziano: la sposa, Olympias, ἐξέδοτο ἑαυτὴν ... μετὰ κυρίου τοῦ ... πατρός (ll. 8-9), non è consegnata dal padre al marito come nel diritto attico o in PEleph. 1. I nn. 36-39 sono tutte traduzioni di atti demotici, ridotti in greco κατὰ τὸ δυνατόν: nel n. 36 sono due συγχωρήσεις processuali, la prima troppo frammentaria perchè possa intendersene il contenuto, la seconda relativa a un processo di rivendicazione che si transige attuando una comunione fra le attrici e il convenuto (συγχώρησις dunque nel senso originale della parola, non in quello derivato che ben conosciamo dai recenti papiri berlinesi); nel n. 39 i riassunti di tre successivi contratti d' affitto e infine il principio di un ὑπόμνημα diritto all' ἐπιστράτηγος, probabilmente per una controversia intorno allo stesso fondo; nei nn. 38 e 39 frammenti di atti di vendita, conformi ad altri analoghi già noti (ad es. PLeid. P, PLond I 3 p. 46, ecc.).

Anche dell' epoca romana sono editi varii negozii giuridici, corrispondenti per la più parte agli schemi già noti. Al n. 28 un contratto agoranomico di compra-vendita; al n. 29 ha quietanza della mercede di un fitto di terreno; al n. 30 un frammento di negozio giuridico fra coniugi divorziati, relativo - pare - alla sorte di certi beni destinati già nel contratto di matrimonio a un figlio comune; al n. 33 la ὑπογραφή di una διαγραφή bancaria, parallela al PFior. I 48 e contenente il riconoscimento della estinzione di un debito in parte adempiuto e in parte rimesso (ll. 9-10 : καὶ μεθ' ἃς | ἐχ[α]ρισάμη[ν]); al n. 35 un frammento di testamento; al n. 49 un contratto di locazione immobiliare, dove la mercede è fissata per parte in danaro, per parte in maiali e carne di maiale; al n. 51 ancora un contratto di compra-vendita, che è secondo P. M. Meyer una συγχώρησις, secondo Mitteis (rec. cit.) la ὑπογραφή di una διαγραφή bancaria.

Ai primi tre secoli dell' impero appartengono anche documenti amministrativi: fra questi includo anche, benchè sia per sua natura affine ad atti privati, il n. 50, una offerta per l'appalto di due posti di guardarobiere (καψάριος) nelle terme di Oxyrhynchos (per appalti simili v. già PFior. I 63). Alla stessa categoria appartengono un comunicato su lavori di canalizzazione, non si sa da quali funzionarii

redatto nè a chi indirizzato (n. 42), qualche κατ' οἰκίαν ἀπογραφή (nn. 43-44), e una lettera dell' ἐκλογιστής dell'Anteopolite allo στρατηγός e al βασιλικὸς γραμματεύς, in seguito alla revisione compiuta dell' ἐκλογιστής stesso sui conti delle maggiori entrate (προσθῆκαι) ricavate da διαμισθώσεις di κυριακὴ γῆ (n. 48). Nella serie hanno una particolare importanza i documenti relativi alla attività di Apollonio, stratego dell'Apollonopolites parvus (capoluogo Heptakomia) negli anni dal 114 al 119. È Apollonio che nel n. 41 chiede al prefetto Rammius Martialis un congedo (κομεάτος) di 60 giorni per rimettere in buono stato i suoi beni dopo il mal governo che ne hanno fatto gli ebrei durante lo 'Ιουδαῖος πόλεμος degli anni 115-117; a lui si rivolge Papiris, ναυκλῆρος per il nomo Apollonopolite, a rendergli conto degli ostacoli incontrati nel trasporto del frumento (n. 11); a lui Hermaios, probabilmente un ingegnere, dà visione degli schizzi del canale del villaggio Ibion (n. 15); a lui un funzionario dipendente scrive (n. 45) perchè sia inviato in una certa località il κωμογραμματεύς o un γραμματεύς dipendente, a costringere i δημόσιοι γεωργοί alla prestazione della χειρογραφία [1]). La maggior parte della corrispondenza di Apollonio e dei suoi è di carattere privato, ma anche queste lettere hanno qualche importanza per la storia economica e giuridica, specialmente quando testimoniano dello stato d' animo del popolo e dei magistrati durante lo 'Ιουδαῖος πόλεμος.

Allo stesso Apollonio sono diretti due reclami per lesioni di diritto, aventi, conformemente ai risultati del Mitteis (cfr. oltre, II, 19) lo scopo di un intervento dello stratego come arbitro conciliatore: del primo (n. 9) si comprende soltanto che si riferisce a un torto penale; il secondo (n. 46) è diretto contro affittuarii che non hanno pagata la mercede. Anche nella lettera privata del n. 25 si discorre di una controversia affidata all' esame dello stratego: la frase ὅπως πέρας ἐπιθῇ τῷ πράγματι (l. 7) dev' essere appunto intesa negli stretti limiti della competenza del magistrato distrettuale, e l' accenno ad Alessandria, che si contiene nella parte finale e lacunosa del testo, sembra riferirsi appunto alla eventualità di un vero e proprio pro-

[1]) Sullo scopo di questo giuramento (g. promissorio per tutti gli oneri della coltivazione o g. assertorio da prestarsi dopo il prestito delle sementi), cfr., oltre P. M. MEYER, ad h. l., anche ROSTOWZEW, *Kolonat*, 215, n. 3, e WILCKEN, rec. cit.

cesso, che si inizierebbe se non conducessero a risultato utile i tentativi di conciliazione affidati allo stratego [1]).

Il secondo fascicolo si chiude con alcuni documenti di epoca bizantina. Accanto alla locazione di un magazzino (n. 52) e ad un prestito di danaro (n. 53), entrambi del IV secolo, è un interessante contratto di colonia parziaria, appartenente al VI secolo e relativo a un vigneto in proprietà di un monastero (n. 56): notevole fra l'altro la clausola della l. 17, dove l'affittuario dichiara che godrà la sua quota del reddito (la metà) μετὰ τοῦ γεωργοῦ, accennando così evidentemente a un colono vincolato alla coltivazione del vigneto [2]). Una lettera privata di un diacono a due λειτουργοῦντες dell'annona militaris (n. 54) fa meglio note le norme vigenti riguardo all'annona nel IV secolo: raccolta dagli ἐπιμεληταί dei vari distretti, l'annona è distribuita ai διαδόται, incaricati appunto di procurarsi dagli ἐπιμεληταί le derrate, di trasportarle nella guarnigione di loro competenza e di distribuirle ai soldati. Più tardi a queste liturgie si vanno sostituendo impiegati permanenti e retribuiti (cfr. C. Th. 7, 4; C. J. 12, 37, spec. c 16; e ancora i PCairo Cat. 67050, 67051 e le relative osservazioni di GELZER, *Arch. f. Papf.*, V, 352. Cito ancora il n. 55, lettera di un vescovo a un suo collega per la ordinazione di un diacono, e il n. 57, una lettera ufficiale di cui è difficile intendere il contenuto.

5. Un materiale ben più vasto per la conoscenza dell'Egitto bizantino è apprestato nella collezione, iniziata dal Maspero, dei papiri bizantini di Aphrodito (*Catalogue général des antiquités égyptiennes du Musée du Caire. Nos. 67001-67089. Papyrus grecs d'époque byzantine* par JEAN MASPERO. Le Caire. 1910). Qualcuno dei documenti qui raccolti era già noto ed aveva anche formato oggetto

[1]) Altri documenti di epoca romana erano già noti: tali i nn. 4-7 (KORNEMANN, *Klio*, VIII, 398 sgg.), 8 (EGER, *Grundbuchwesen*, 68 sgg.), 32 (EGER, *Arch. f. Papf.*, V, 133 sgg), 34 (ibid., 137 sgg.; cfr. ora MITTEIS, rec. cit.). Su tutti cfr. la Rivista per il 1909, I, 3.

[2]) [Per questa clausola e per altre del documento, il Meyer richiamava in nota un papiro allora inedito della collezione di Amburgo; cfr. ora PHamb. I 23. La frase di questo documento, l. 31 (μετὰ τοῦ ἐκείσε γεωργ(οῦ)) rende indubitabile l'interpretazione riferita nel testo].

di qualche ricerca [1]): ora son da vedere su tutta la collezione le recensioni di MITTEIS, *ZSS.*, XXXI, 392 sgg., e di WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 442 sgg., e l'articolo di M. GELZER, *Altes und Neues aus der byzantinisch-ägyptischen Verwaltungsmisere, vornehmlich im Zeitalter Justinians*, in *Arch. f. Papf.*, V, 346 sgg. [2]).

Su qualche parte dei documenti concernenti il diritto privato, e in ispecie il diritto matrimoniale, si è fermato il Mitteis. Principale documento di questo tipo è il n. 67006 V, contenente un lungo e intricato e sgrammaticatissimo contratto di matrimonio [oltre le emendazioni dell'editore, cfr. quelle del Mitteis e del Wilcken; inoltre, alle ll. 67-68 io integrerei e correggerei: ἄρουραν μίαν ὀγδόον σιτικὴ|[ν οὖσαν τοῦ π]ροειρ[ημένου] κτήματος, e a l. 92 (P. ολκιον; ed. ὁλκίων) l. οἰκιῶν]. Essendo il figlio ὑπεξούσιος, gli ἕδνα (come già l'arrha sponsalicia) sono dati alla sposa dal suocero, il quale riceve anche la fanciulla dalle mani del padre di lei e la consegna al figlio (ll. 14-15): la dote è consegnata alla fanciulla (l. 78). Allo sposo sono anche consegnati dal padre, all'atto del matrimonio, tutti i beni già appar-

[1]) Cfr. MASPERO, *Etudes sur les papyrus d'Aphrodité*, nel « Bull. de l'Inst. français d'arch. orientale », VI, 1908. L'articolo era diviso in tre parti:

α) « Un procès administratif sous le règne de Justinien ». Sotto questo titolo erano raccolti i documenti della lite intentata contro il pagarca Menas dagli abitanti del villaggio, per difendersi dalle sue esazioni e vessazioni e per affermare la loro indipendenza dalla pagarchia nel pagamento delle imposte (αὐτόπρακτον σχῆμα) [nn. 67002, -024, -025, -032 — -035, -038, -041, -044]. Cfr. la recensione di WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 283 sg.; e inoltre GELZER, ibid., 188 sg.; *Stud. zur byz. Verw.*, 92 sgg.; e la mia Rivista 1909, III, 11.

β) « Deux fausses lettres sacrées de Justinien ». La prima (n. 67026, duplicata nel n. -027) si riferisce a beni ereditarii, che sarebbero stati portati via ai presunti eredi dagli ufficiali di Giuliano ὁ ἐνδοξότατος (il pagarca), φάσκοντες τὸν προειρημένον Ἀπολλὼ ὑπεύθυνον αὐτοῖς τελευτῆσαι. L'altra (n. 67028) riguarda i diritti del secondo coniuge, e risolve la disputa in base alla nota costituzione di Leone (c. 5. 9. 6), secondo la quale il secondo coniuge non può ottenere dal patrimonio dei marito più che il meno favorito tra i figli del primo letto (nè, aggiunge ora il papiro, più di quanto fosse stato assegnato per il caso di sopravvivenza alla prima moglie). Cfr. MITTEIS, *ZSS.*, XXXI, 394; e dal punto di vista processuale lo studio di Partsch citato oltre.

γ) « L'annone d'Aphrodité » (n. 67030). - Il n. 67055, contenente un poemetto in onore di Giovanni duca della Tebaide, è pubblicato dallo stesso MASPERO in *Byzantinische Zeitschrift*, XIX, 1 sgg.

[2]) [Cfr. ora anche la densa relazione di PARTSCH, *Gött. Gel. Anz.* 1911, 306 sgg. Ne ho notizia troppo tardi per poterne tenere tutto il conto che merita. Cfr. tuttavia le noti seguenti].

tenenti alla madre del giovine: ciò avviene, se sono esatte la lettura (incertissima) e le integrazioni, λόγ[ῳ πρὸ γά]μου [δ]ωρεᾶς. Ma, se pure le parole son queste, non mi par possibile identificare, come fa il Mitteis, questa donatio ante nuptias con gli ἕδνα: anzi mi par di intendere che in sostanza il padre trasmetta qui al figlio i beni avventizii, da lui tenuti fino a questo punto in usufrutto. Oltre che dal grande valore dei beni consegnati e dal fatto che l' applicazione delle norme sulla successione legittima doveva dar questi beni in proprietà allo sposo, ciò mi sembra risultare dai frammenti pervenuti delle ll. 24 sgg.; dove il padre dichiarava di non aver sottratto nulla ai beni affidatigli (propongo di leggere: οὐδὲν αὐτῷ ἀπέκρεψεν) (per ἀπέκλεψεν) ἐκ τῆς μητρ[ό]|ας τοῦ [αὐτοῦ νυμ]φ[ίου]) e di avere speso il reddito a solo vantaggio del figlio e non per altri scopi (in questo ordine di idee potrebbero bene inserirsi le parole: ... αὐτὸν (ἐδαπάνησεν οὐδὲ εἷς ἕτερα ...) [1]). Se così è, la donatio ante nuptias serviva in pratica ai padri anche come mezzo giuridico per l'abbandono dell' usufrutto sugli avventizii: abbandono la cui frequenza è attestata da Giustiniano nella c. 6. 61. 6 § 2 *c.* – Notevole anche la donazione condizionale allo sposo di beni che il padre si augura di avere a sua volta in donazione dalla madre sua (l. 69 sgg.). Il documento termina con l' assunzione reciproca dell' obbligo di trasmettere ai figli i lucra nuptialia (cfr. Nov. 98 c. 1, e Mitteis, l. c.).

Agli ἕδνα si riferisce anche la controversia di cui alla μαρτυρία n. 67088; alla πρὸ γάμου δωρεά (da intendersi qui nel suo significato normale) il n. 67005.

La pignorazione di una figlia, a cui accenna il n. 67023, è notevolissima. Probabilmente fra i paesi dove τοιαύτ(η) ἀσέβει(α) (ἡ)μαρτάν(ετο) (Nov. 134, 7) era ancora sotto Giustiniano l' Egitto, che seguiva a questo riguardo tradizioni secolari (v. più oltre, II, 15) [2]). Certo è che si parla esplicitamente di consegna della fanciulla [ἀ]κολούθως τῷ γεναμ(ένῳ) παρ' αὐτο(ῦ) (scil. τοῦ πατρὸς) ... *ὑποθηκιμιαίῳ*

[1]) A ll. 39-40, Victor dichiara esplicitamente di trattenere un solo νόμισμα del patrimonio della moglie, e giustifica il titolo dell' acquisto, ma la giustificazione non risulta per noi troppo chiara (ἐκ τῆς ὑποθήκης τῶν κληρονόμω[ν]).

[2]) Il padre pignorante era [τῇ ἐ]σχάτῃ περιπεπτωκ(ὼς) [π]ενίᾳ: la frase richiama molto da vicino il 'propter nimiam paupertatem egestatemque' di Giustiniano, C. 4, 43, 2.

γραμματίῳ, e che anche la presente petizione per la liberazione è detta ὑποθηκιμαῖα συγγραφή. Notevole è anche che, mentre la fanciulla fu data a pegno per un νόμισμα, la sorella vorrebbe ora liberarla offrendo mezzo νόμισμα: il che potrebbe far supporre un patto anticretico.

Molte notizie i nuovi documenti ci danno anche sul processo civile. Noto al n. 67031 un editto del duca della Tebaide, emanato verso il 547 e relativo alle sportule spettanti agli *officiales* del tribunale. Sull'argomento cfr. Chiovenda, Bull., VII, 281 sgg. Qui troviamo confermata sia la distinzione fra cause che richiedono o non richiedono atti scritti (ὑπὸ αἰτίαν ἄγραφον – ἐπὶ ταῖς ἐγγράφοις ἐντεύξεσι: cfr. c. 12. 29. 3 § 5), sia la esistenza di una costituzione giustinianea regolante questa materia (... κρατίστου καὶ καλλινίκου ἡμῶν βασιλέως: cfr. C. 1. 14 29 § 8; I. 4. 6 § 25, e gli altri richiami apd. Chiovenda, 285, n. 43) [1].

Al diritto giustinianeo rispondono anche le deposizioni scritte (ἐκμαρτύρια) rilasciate in occasione di liti civili (nn 67087-67088). Certamente la prima, forse anche la seconda è rilasciata dal testimone, sottoscritta e sigillata, all'attore stesso, il che è esplicitamente consentito dalla Nov. 90 c. 5 (*ad vv* : τῶν μέντοι μαρτυριῶν οὐκ ἐκδιδομένων οὐδὲ ἐν ταῖς χώραις, ἀλλὰ *τῶν πεπραγμένων διδομένων αὐτοῖς τοῖς παραγαγοῦσιν* ἢ καὶ τοῖς αὐτῶν ἀντιδίκοις κτλ.). Analogo è probabilmente lo scopo delle dichiarazioni conservate ai nn. 67066 e 67089: ma nel primo documento la dichiarazione relativa all'ἀντιμίσθωσις dei clerici della chiesa di S. Maria a un certo Paôs è rilasciata dall'ἐγγυητής a un terzo, il protocomete Dioscoro, del quale non si vede quale sia l'interesse; e la dichiarazione della libertà di Eulogia, contenuta nel n. 67089, è designata nel documento stesso col nome molto vago di ἔγγραφος ὁμολογία.

La nuova edizione ha messo in nuova e vivissima luce i documenti, già in parte anteriormente editi, contenenti rescritti giustinianei o convenzioni relative al processo per rescritto; ed ha provocato a questo riguardo uno scritto notevolissimo di J. Partsch, *Neue Urkunden zum justinianischen Reskriptenprozesse*, nelle *Nachrichten von der kgl. Gesellsch. der Wiss zu Göttingen*, Phil.-hist. Kl., 1911, 201 sgg. Il P. si oppone anzitutto alla tendenza del Maspero, di con-

[1] [V. ora la minuta analisi del documento in Partsch, rec. cit., 315 sgg.].

siderare come fittizie o come esercitazioni scolastiche queste lettere giustinianee; e cerca altrove la spiegazione dei fenomeni che avevano tratto in errore l'editore. Le tre redazioni alcun poco differenti, che di uno stesso rescritto ci sono fornite ai nn. 67024 R. e V. e 67025, non debbono e non possono spiegarsi supponendo una redazione privata da sottoporsi poi alla firma imperiale, poichè anzi dalle fonti giustinianee sappiamo che il testo dei rescritti doveva esser preparato negli uffici del quaestor sacri palatii: la diversità di redazione, e con essa la mancanza delle formule introduttive e conclusive, si spiegano invece facilmente ammettendo che i tre testi rappresentino successivi tentativi di traduzione dell'originale *latino* del rescritto, e questa ipotesi sembra avvalorata dai numerosi latinismi che il P., e con lui il Wendland, hanno acutamente rintracciati. E la stessa spiegazione si presenta ovvia per i difetti formali che presentano i nn 67026 e 67028, da M. pubblicate come '*fausses* lettres sacrées' e considerate precisamente come esercitazioni di un avvocato o uomo di affari: anche qui alcuni latinismi possono essere scoperti. Il P. non si dissimula le gravi difficoltà che sembrano opporsi a chi voglia ammettere l'uso del latino nei rescritti per gli anni intorno al 550 d. C. e per epistole dirette a un paese ellenistico; e le difficoltà sembrano veramente enormi, se si tien presente che dall'anno 535 in poi solo ragioni specialissime hanno spinto talvolta Giustiniano a legiferare in latino; che nella Nov. 7 c. 1 egli ha dichiarato esplicitamente l'opportunità di scrivere in greco per essere inteso (... ταύτῃ δὴ τῇ κοινῇ [scil. φωνῇ] τε καὶ ἑλλάδι ὥστε ἅπασιν αὐτὸν εἶναι γνώριμον διὰ τὸ πρόχειρον τῆς ἑρμηνείας); che le lettere scritte in latino dall'imperatore per esser dirette ai sudditi venivano prima della spedizione tradotte in greco per cura del magister epistolarum graecarum (P., p. 222, e luoghi ivi cit.). Questi ostacoli sembrano al P. superabili, ed io non voglio decisamente negarlo: ma mi sembra che essi siano almeno tali da lasciare ancora aperta la questione, e da autorizzare la domanda se i latinismi dei nuovi rescritti non abbiano per avventura la loro origine in una traduzione apprestata negli uffici costantinopolitani, o anche nella opportunità, palese in più luoghi dei nostri rescritti, di ridurre in greco espressioni che si trovavano belle e pronte nelle costituzioni latine.

In ogni modo, poichè la genuinità dei rescritti risulta probabi-

lissima, bene rileva il P. come dalla loro esistenza risulti meglio provata la fallacia dell'opinione, più volte messa innanzi (ad es. da Bethmann-Hollweg, *Civ-Pr.*, III, 211), che la Nov. 113 c. 1 abbia abolito i rescritti nei processi civili: la novella si riferisce ai soli processi pendenti, ma esplicitamente consente che prima dell'inizio del processo si sottoponga la controversia al giudizio dell'imperatore. Il che appunto avviene nei nostri documenti, dove i rescritti, benchè materialmente consegnati alla parte richiedente, sono tuttavia indirizzati (come è regola in questo periodo) al magistrato, con la ingiunzione di emanare il decreto per la citazione e di decider la lite secondo la direzione segnata dall'imperatore; il vero e proprio inizio del processo si avrà soltanto quando la citazione sarà fatta, tant'è che talvolta l'imperatore non ha neppure notizia del nome dei convenuti.

Anche il contratto del n. 67032 ha come punto di partenza un rescritto: alcuni abitanti di Aphrodito hanno ottenuto dall'imperatore un rescritto favorevole, ed ora incaricano gli exsecutores negotii di condurre avanti il processo sino alla fine, fissando i compensi e gli obblighi reciproci [1]). Gli exsecutores sono viri clarissimi, comites sacri consistorii, e geriscono insieme un ufficio privato: il contratto è quindi concluso con entrambi, quantunque il solo Palladios debba in fatto esercitare la funzione di exsecutor (ἐκβιβαστής). Questa funzione, che nel Codice e nelle Novelle è sempre tenuta separata da quella dell'advocatus, se ne distingue infatti, come in Francia l''avoué' si distingue dall'' avocat' e in Inghilterra il 'solicitor' dal 'barrister'; ma ciò non toglie che l'exsecutor possa estendere la sua attività sino all'arringa, come probabilmente avviene anche nel caso nostro; anzi il P. ritiene che la funzione di ἐκβιβαστής sia stata collocata nel nostro contratto in prima linea soltanto per evitare la sanzione del divieto fatto agli avvocati di concludere coi clienti un contratto scritto Nel documento si accenna anche alla necessità legale dell'intervento dell'exsecutor: necessità affermata in varii testi giustinianei (c. 12.

[1]) [Nella citata recensione (p. 319) il P. richiama l'attenzione anche sul fatto che il documento, pur conforme allo stile dei papiri di età bizantina, è redatto a Costantinopoli. Ciò lo conduce alla ipotesi che la grande rivoluzione nello stile documentario, che si osserva nei papiri del IV secolo e nei successivi, derivi appunto da una ricezione della pratica notarile della nuova capitale].

60. 1; 12. 21. 8 pr; 3. 1. 13 § 9; c. 7. 39. 3 § 1, dove le parole 'per exsecutorem' sono interpolate – cfr. c. Th. 4. 14. 1). Più interessante ancora è il fatto che nel papiro l' exsecutor assume come suo obbligo quello di citare davanti al tribunale gli avversarii, mentre la comune opinione ritiene essenziale al processo giustinianeo la citazione d'ufficio, e pone appunto nella forma della citazione la differenza essenziale fra il processo per denunciationem e quello per libellos. La dichiarazione del papiro non è isolata; anzi trova conforto in quei testi giustinianei dove si riconosce implicitamente all' attore la facoltà di mandare il libello al convenuto (c. 3. 10. 2; Nov. 96 c. 1). Gli altri testi, che pongono come obbligo dell' attore la insinuatio presso il iudex ordinarius e fanno rilasciare da questi, dopo una cognizione a limine, un decreto relativo alla citazione, non sono - continua il P. - in contraddizione: il decreto autorizza o non autorizza la citazione, ma non cita, anzi lascia la citazione, come in ogni altro periodo dello sviluppo del diritto romano, all' attività dell' attore e del suo rappresentante.

Per quanto riguarda i nuovi dati, che dalla collezione possono trarsi per l' amministrazione finanziaria della κώμη Ἀφροδίτης, debbo limitarmi a riassumere i risultati dello studio citato del Gelzer. Come è noto, erano stati appunto i primi pubblicati fra i papiri della collezione a dar notizia della autopragia (τῶν αὐτοπρακτῶν σχῆμα). Ora il n. 67019 dà precise notizie sul modo in cui il privilegio era stato ottenuto: ἀπὸ θείο[υ] τύπου τοῦ τῆς θείας λήξεως Λέ[ον]τος: si tratta dunque di un decreto di Leone (imp. 457-474). Il privilegio, che importava la facoltà dei proprietarii di pagare direttamente le imposte alla prefettura della Tebaide, trovava la maggior resistenza nei pagarchi; contro i quali appunto i πρωτοκωμῆται ebbero più volte ad agire in difesa del privilegio [1]). Questo privilegio non si estendeva

[1]) Al n. 67024 troviamo riferito che il villaggio, per difendersi dalle vessazioni dei pagarchi, si mise sotto la protezione della sacra domus (ll. 7-8: τῷ θείῳ ἡμῶν οἴκῳ ἐφᾶς αὐτοὺς ἐπιδοῦναι καὶ ὑπὸ τὴν προστασίαν αὐτοῦ γενέσθαι). Il Partsch (l. c., n. 4) intende la parola προστασία in senso tecnico, come equivalente a *patrocinium*, e ricorda il C. 2, 15 (16), 1, dove la sacra domus funziona forse come uno dei potentiores a cui i proprietarii affidano le loro sostanze. Ma il P. stesso riconosce che questo patrocinium non poteva produrre grandi risultati pratici; e a me sembra addirittura che alla dichiarazione del n. 67024 non sia dato nella decisione della controversia nessun rilievo giuridico. Crederei perciò che la espressione tecnica sia stata usata catacresticamente, per impetrare so-

tuttavia a tutti gli abitanti della κώμη; anzi la frase οἱ ἀπὸ τῆς κώμης, usata di solito nelle quietanze (n. 67033 sgg.) conformi al sistema dell' autopragia, designa soltanto i proprietarii privati gravati di imposta fondiaria, i συντελεσταὶ καὶ κτήτορες, compresi nell' ultima categoria così i μεγάλοι κτήτορες, le cui terre sono coltivate da coloni e nell' epoca della raccolta anche da operai liberi (χειρότεχνοι) esercenti di solito piccole industrie (n. 67020), come i θεπτοκτήτορες, piccoli proprietarii che coltivano da sè i loro fondi. Non godono invece della autopragia i monasteri, che pagano le imposte al pagarca (n. 67021). La posizione amministrativa del villaggio αὐτόπρακτος è sostanzialmente conforme a quella che avevano le città nel regime municipale del IV secolo: il villaggio è rappresentato dal collegio dei πρωτοκωμῆται, presieduto dal πρόεδρος, e la responsabilità del πρόεδρος per il puntuale pagamento delle imposte è garantita dalla responsabilità sussidiaria del collegio; l' esazione compete all' ἐπιμελητής per le imposte in natura, all' ὑποδέκτης per quelle in danaro o aderate, anche qui conformemente alle regole vigenti nel IV secolo per le comunità cittadine.

Le imposte sono distinte in cinque categorie, πρὸς τ[ὸ]ν θεῖον νόμον καὶ τὴν νέαν διοίκ[η]σιν (n. 67057), cioè - come bene intendono il Maspero e il Gelzer - in conformità dell' Editto XIII di Giustiniano. Come nell' Editto, così nei papiri è messa in prima linea la ἐμβολή, la nota imposta in natura, calcolata per il nomo Anteopolite in 61674 artabe, cioè circa $^1/_{130}$ degli otto milioni che l' editto indica come somma della σιτοπομπία di tutto l' Egitto La seconda categoria di tributi (ὑπὲρ ἀννωνῶν) va identificata coi tributi spettanti, secondo il c. 9 dell' Editto, al praefectus praetorio, al quale appunto era affidata la cura dell' annona militare: nei nostri papiri troviamo anche i funzionarii provinciali notoriamente dipendenti dal prefetto, quali gli scriniarii e i cancellarii (n. 67002, 67005, 67021, 67023), e controlliamo ancora una volta la progressiva adaeratio dell' annona (n. 67050, 67051).

stanzialmente la tutela delle leggi dello Stato; allo stesso modo che nell' epoca tolemaica la denominazione dei classici esecutori testamentarii (ἐπίτροποι) era attribuita alla coppia regnante solo per porre sotto la protezione delle leggi dello Stato l'ultima volontà del testatore. — Un altro luogo, dove l'espressione 'patrocinium' è, a mio avviso, usata in senso non tecnico, è la c. 32. l. 29. 8 (contro ZULUETA, *De patrociniis vicorum*, 29).

Come terza categoria il papiro n. 67057 indica i κανονικά, da identificarsi col canon largitionalium titulorum del C. 10. 23 R. e con le prestazioni dovute per l' Editto (c. 11) al comes sacrarum largitionum. In questa categoria rientra il titolo ἐποψία, cioè l' onorario pagato dal distretto all' inspector (ἐπόπης) inviato per il riordinamento dei ruoli delle imposte.

La quarta categoria è quella delle συνήθειαι o *doni*, pagate ai funzionarii delle imposte (σκρινιάριος, ἐμβολάτωρ, ἐξπελλευτής, canonicarius, palatinus), ai comandanti delle guarnigioni militari (duces, vicarii, tribuni), e ancora ai magistrati cittadini, quali l' ἐπιμελητής τοῦ δημοσίου λογιστηρίου, amministratore delle finanze cittadine, e il suo βοηθός. Tutti questi magistrati dovrebbero essere stipendiati dalla annona; ma una serie di provvedimenti fiscali, che hanno - come ben mostra il G. - la loro origine nelle disastrose guerre vandaliche di Leone, ha via via separato questo carico dalla annona per addossarlo come un nuovo tributo sulle città e sulle pagarchie.

Finalmente troviamo tasse pagate ὑπὲρ παγαρχίας: in parte sono destinate al mantenimento del pagarca e dei suoi impiegati, in parte alle spese della città e della κώμη (ἀστικὰ καὶ κωμητικά), e come tali si distinguono dalle imposte statuali così nettamente, che anche i proprietarii αὐτόπρακτοι di Aphrodito le versano nelle casse della pagarchia.

6. La posizione amministrativa della κώμη Αφρωδίτης nell' epoca bizantina aspetta ancora nuovi lumi, oltre che dalla prosecuzione della edizione intrapresa dal Maspero, anche dalla pubblicazione di un' ampia serie di documenti della stessa epoca e località, acquistati dal British Museum. La pubblicazione è riservata al V volume del monumentale Catalogo; ma intanto il IV volume, edito lo scorso anno, coglie la nostra κώμη e riccamente la illustra in un momento posteriore della sua vita, cioè al principio dell' VIII secolo, in piena dominazione araba (*Greek Papyri in the British Museum. Catalogue with texts*: Vol IV. *The Aphrodito papyri*, ed. by H. I. Bell, with an appendix of coptic papyri ed. by W. E. Crum. London 1910: cfr. Wilcken, *Arch. f. Papf.*, V, 451 sg.) Il nuovo materiale documentario si presenta accompagnato da una introduzione generale e da numerose note illustrative, che facilitano un primo orientamento.

Sotto il dominio arabo, persistono sostanzialmente nelle loro grandi linee le divisioni amministrative del diritto bizantino. Le province del califfato sono ancora le tre διοικήσεις di Giustiniano: Africa, Egitto, Oriente (Ἀνατολή); e ciascuna ha un suo governatore (σύμβουλος). In Egitto si conserva ancora la divisione in ἐπαρχίαι, fissata dall' Ed. XIII (cfr. Gelzer, Studien zur byz. Verw.; e la mia Rivista 1909, III, 11); ma le ἐπαρχίαι sono divise, secondo un nuovo schema, in Arcadia, Tebaide, τὸ λίμιτον, dovendosi per quest' ultimo intendere, come assume il Bell, la parte sud delle due Tebaidi giustinianee, quella parte appunto che segna il confine con la Nubia (v. anche nell' Editto cit., 3, 1: τὸ Θηβαϊκὸν λίμιτον). D' altronde, le funzioni del *dux* sono ridotte al minimo: i rapporti amministrativi e finanziarii si svolgono fra il σύμβουλος e i pagarchi, e il duce appare solo, di quando in quando, come incaricato di verificare, a mezzo dei suoi ζυγοστάται, i conti e il danaro inviati dalle pagarchie alla capitale. La più importante unità territoriale è appunto la pagarchia, con a capo il pagarca o διοικητής: geograficamente - come dimostra il Bell - le pagarchie si identificano ora quasi completamente con gli antichi νομοί, scomparendo in epoca araba le cause che sottraevano all' autorità del pagarca una parte del territorio, cioè l' autonomia delle città rette a municipium e la posizione privilegiata dei villaggi αὐτόπρακτοι. Vi è pure qualche eccezione, e appunto in posizione eccezionale ci si presenta la κώμη Ἀφροδιτώ; la quale, pur essendo stata città capitale di νομός (Ἀφροδίτης πόλις) in epoca romana, si era nell' epoca bizantina fusa nel νομὸς Ἀνταιοπολίτης, pur tenacemente conservando - come ben sappiamo dai papiri del Cairo - la sua αὐτοπραγία; e nell' epoca araba ritorna, con la sua modesta denominazione di κώμη, capoluogo di pagarchia. A questo risultato deve aver appunto contribuito la αὐτοπραγία bizantina, anzi il non esser mai stato il villaggio amministrativamente incluso in una pagarchia.

I documenti della collezione si riferiscono tutti alla vita amministrativa della pagarchia: sono lettere del governatore ai pagarchi (nn. 1332-1406) e ai contribuenti (1407-1411), conti e ruoli di imposte (nn. 1412-1461); alle stesse categorie appartengono i documenti riassunti nelle *descriptions* (nn. 1163-1493), e agli stessi rapporti si riferiscono anche, benchè molto più varii nelle forme e nei modi, i documenti copti (nn. 1494-1646).

Oggetto unico di tutto questo carteggio sono in sostanza le numerose e diverse prestazioni degli abitanti al califfato. Nelle lettere del governatore Kurrah, il fine principale delle autorità amministrative è espresso più volte recisamente, con la dichiarazione che primo dovere del διοικητής è quello di esigere i δημόσια (n. 1349, l. 17 sgg.: ἔση γὰρ ἐπιστάμενος ὡς τὸ πρῶτον | καὶ ἀνώτερον κεφάλαιον ὅλων τῶν ἔργων τοῦ ὑπουργοῦ | ἡ ἐξανύσης τῶν δημοσίων ἐστί; v. ancora nn. 1356, 1394).

Fra le prestazioni sono in prima linea le imposte ordinarie (δημόσια in senso stretto) e straordinarie (ἐκστραόρδινα), in danaro e in natura. Le imposte ordinarie in danaro (χρυσικὰ δημόσια) prendono ancora il nome di κάνων (v. in ispecie i nn. 1412–1416), che ricorda vivamente i κανονικά dei PCairo Cat. e il canon largitionalium titulorum del C. 10, 23 R.; e dal mondo greco-romano derivano anche le due principali imposte in cui i χρυσικά si distinguono, la capitatio (ἀνδρισμός o διάγραφον: cfr. nello stesso senso la espressione διαγραφή dei documenti bizantini) e la imposta fondiaria, che con la sua stessa denominazione (ἀπὸ δημο(σίας) [*scil.* γῆς]) fa manifesta la concezione mussulmana della proprietà dello Stato sulla terra e della sua concessione in semplice possesso ai singoli che pagano il tributo. Una terza categoria di χρυσικὰ δημόσια è data dalla δαπάνη, cioè dalle imposte prelevate per il mantenimento dei funzionarii: e bene, in un certo senso, il Bell presenta questa imposta come una riproduzione della annona romano-bizantina. Senonchè, mentre l'annona costituisce, per l'Editto XIII e per i PCairo Cat., una categoria di imposte ben distinta così dai κανονικά come dalla ἐμβολή, la δαπάνη si fonde - secondo che sia prestata in danaro o in natura - in parte coi χρυσικὰ δημόσια e in parte con la ἐμβολή. Anche la ἐμβολή dunque si presenta divisa in due gettiti: quello che deve esser versato nei granai pubblici (εἰς τὰ ὄρρια [dal latino *horrea*] Βαβυλῶνος) e quello che deve essere somministrato come δαπάνη ai funzionarii.

Di tutte queste imposte l'amministrazione centrale fissa il gettito totale: il riparto fra i contribuenti singoli è lasciato ai μείζονες di ogni χωρίον, i quali prima nell'ufficio del pagarca ripartono l'onere dell'imposta fra i singoli χωρία, e poi nell'interno di ogni χωρίον compiono l'ulteriore ripartizione fra i singoli individui e i singoli enti. Di questi reparti di tasse (μερισμοί) la collezione conserva un buon

numero: si riferiscono talvolta complessivamente alle imposte fondiaria e personale od alla ἐμβολή (ad es: nn. 1419, 1420), tal'altra anche alla δαπάνη (n. 1421), tal'altra invece ad una sola imposta. Più interessanti ancora sono i ruoli complessivi di χρυσικὰ δημόσια, conservati ai nn. 1412-1418: complessivi sia nel senso che il gettito delle imposte vi è fissato nel suo totale, senza distinzione fra le varie categorie citate, sia nel senso che la divisione è fatta solo per χωρία, non per individui. La caratteristica principale di questi ruoli è che in essi si trova indicata, dopo il gettito totale previsto (τὰ ἐπιζητούμενα), una quota già versata al tesoro della provincia (ἀφ' ὧν [*scil.* ἐπιζητουμένων] εἰς τὴν σάκελλαν), e finalmente la rimanenza; il che trova la sua probabile spiegazione nel costume dei governatori arabi di esigere parte delle imposte fuori delle normali καταβολαί semestrali, anticipatamente o posticipatamente. E sembra che alla forzata anticipazione di imposte si riferisca anche la oscura parola λογίσιμον, che tante volte ricorre nei nostri ruoli nella stessa posizione che vi hanno le somme versate εἰς τὴν σάκελλαν.

Nei nn. 1413 e 1414, si trovano calcolate insieme con le imposte ordinarie anche le straordinarie; fra le quali è segnata la τετάρτια αὐτ(ῶν) [*scil.* δημοσίων], ragguagliata ai δημόσια – come pare – nella misura dell' 1 % e destinata probabilmente alle spese di esazione, e – come principale entrata – gli ἀπαργυρισμοὶ διανομῶν, cioè l'adaeratio di contribuzioni prestate originariamente in natura: fra gli ἀπαργυρισμοί si distingue secondo che siano fatti in base alla tariffa ufficiale (τῇ τιμήσει), o senza tariffa in base ai prezzi di mercato (ἄνευ τιμήσεως). Tutte queste imposte straordinarie sono stabilite in una quota fissa, e divise fra gli abitanti secondo i soliti μερισμοί (cfr., oltre i μερισμοί conservati, la lettera n. 1356, dove il governatore ordina il riparto degli ἐκστραόρδινα nei modi consueti).

Ma accanto alle διανομαί aderate persistono quelle in natura, numerose e multiformi. Le lettere al pagarca e i documenti copti sono pieni di requisizioni di ogni specie: ai contribuenti spetta di fornire i marinai per il κοῦρσον Αἰγύπτου ed anche, spesso, per i trasporti dalle altre diocesi (nn. 1337, 1351, 1353, 1374, 1388-1391, 1393); di contribuire alle spese del trasporto e delle riparazioni alle navi (nn. 1346, 1371, 1386, 1387); di fornir materiali (nn. 1362, 1368, 1378) e operai (nn. 1334, 1336, 1341, 1342, 1348, 1366, 1376, 1402, 1403) per

le maggiori costruzioni pubbliche, quali il palazzo del governatore a Fustat e la moschea di Damasco; di pagar le spese degli uffici postali che interessano la pagarchia (n. 1347); e così di seguito. Non liturgie nel senso ristretto della parola, di lavoro cioè imposto e gratuitamente prestato dai cittadini: non è imposta ai marinai nè agli operai la prestazione del lavoro, ma ai contribuenti (forse ai soli proprietarii fondiarii) si impone di procurare a proprie spese la mano d'opera di cui lo stato ha bisogno. Tant'è che da espressioni vaghe delle lettere e degli ἐντάγια rimane spesso incerto se si intenda richiedere l'effettivo invio di lavoratori (ἐν σώματι) o il semplice rifacimento delle spese che l'amministrazione incontra per procurarseli altrove (ἐν ἀπαργυρισμῷ), dubbio questo che sorgeva anche negli stessi destinatarii degli ordini. Notevole in ispecie il documento copto n. 1508, dove un funzionario di un ἐποίκιον della pagarchia, cui era stato chiesto *mezzo operaio*, dichiara di avere ottemperato ἐν ἀπαργυρισμῷ ma di essersi poi accorto che la richiesta era stata fatta ἐν σώματι.

Tutta questa folla di prestazioni e di tributi vessava i proprietarii fondiarii così gravemente, da costringerli all'abbandono delle terre. Molti correvano alle città (cfr. già Becker, Klio, X, 2, p. 8), e gli ὄντες ἐν Βαβυλῶνι costituiscono nei nostri documenti una fortissima percentuale fra gli appartenenti alla pagarchia; altri si rifugiavano qua e là, sfuggendo il più delle volte alle indagini delle autorità. Negli anni 709 e 710 d. C., la preoccupazione di ricondurre questi φυγάδες alla loro ἰδία è fra le maggiori del σύμβουλος Kurrah: le lettere al pagarca (nn. 1332, 1343, 1344, 1349, 1361, 1381-1385) sono piene di incitamenti a Basilio perchè indaghi sul rifugio di ciascuno, rispedisca nelle loro pagarchie gli immigrati, richiami presso di sè gli emigrati; e fissano le pene pecuniarie e corporali per i fuggiaschi, per i favoreggiatori, per i magistrati troppo tiepidi nel perseguitarli; ed ordinano compilazioni di liste complete e precise. Qualcuna di queste liste si è parzialmente conservata ai n. 1460 e 1461: e il male doveva certo esser grave, se nel n. 1460, che pure è un frammento, sono ancora leggibili oltre duecento nomi di immigrati dalla Tebaide in Aphrodito. Nè minore impressione fanno i documenti copti, dove abbondano le ἐγγυητικαὶ ὁμολογίαι di magistrati e di privati, a cui i fuggiaschi erano dati in consegna dietro assunzione dell'obbligo di

custodirli e comminazioni di gravi sanzioni per mancata custodia (nn. 1518-1528, e *passim*).

Questo quadro generale di miserie e di vessazioni – degno seguito della 'byzantinische Verwaltungsmisere' così vivamente descritta dal Gelzer – è visibile a chiunque sfogli il volume, per quanto gravi siano le questioni che su molti singoli punti si sollevano, e più gravi forse – come suole avvenire – quelle che la nostra ignoranza ci toglie pur di vedere. Ma per un'analisi minuta di ogni documento non è questo il luogo, nè io la persona; non posso anzi che ripetere, con ben più profonda significazione di umiltà, le parole del Maestro della papirologia: « Es wird wohl jedem von uns erst viele Arbeit kosten, bis er sich in dieser neuen Urkundenwelt zu Hause fühlt ».

7. Numerosi sono anche i documenti editi sparsamente, durante l'anno 1910, in riviste e in raccolte varie.

Interessantissima per gli storici è la piccola serie pubblicata da P. M. Meyer, *Die Libelli aus der decianischen Christenverfolgung*, nelle *Abhandlungen der kgl. Preuss. Akad. der Wiss.*, Phil.-hist. Kl., Anhang, Abh. V. Di questi libelli i papiri avevano già offerto un piccolo numero (BGU. I 287, POxy. IV 658, PAlex. Bull. IX 87, PPatr. Or. IV 113-118); ora il M. ha potuto trovare nella collezione di Amburgo 19 documenti del tipo, appartenenti tutti, come il PPatr. Or. IV 113, alla κώμη Theadelphia, e adatti così a dare, oltre le più minute notizie sul procedimento, anche la misura della estensione data da Decio all'editto del 249. L'ordine di sacrificare agli dei non era dato soltanto ai sospetti di cristianesimo, ma, proprio come vuole la interpretazione letterale del testo (ricostruito da Harnack, Theolog. Lit.-Zeit., 1894, 41), a tutti i cittadini romani; un nuovo editto istituiva speciali commissioni che assistessero per questo riguardo i magistrati. Della effettiva nomina di tali commissioni si aveva già notizia per varie parti dell'impero: ora i papiri ce le mostrano vive ed attivissime in Egitto. Dai libelli si ricava che il sacrifizio agli dei deve essere compiuto in presenza della commissione, e che immediatamente deve esserne disteso il processo verbale in forma di dichiarazione subiettiva del sacrficante: il verbale deve poi essere autenticato dalla dichiarazione della assistenza dei commissari e dalla sottoscrizione di un commissario, col solito σεσημ(είωμαι). — Cfr. sulla

raccolta G. KRÜGER, *Deutsche Lit.-Zeit.*, 1911, 848 sgg.; WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 439; e sui libelli in genere SCHÖNAICH, *Die Libelli u. ihre Bedeutung für die Christenverf. des K. Decius*, Glogau, 1910.

Una brevissima collezioncina è quella pubblicata dal NICOLE, *Textes grecs inédits de la collection papyrologique de Genève*, nei 'Mémoires publiés à l'occasion du jubilé de l'Univ. de Genève', 1909. Per i giuristi presentano qualche interesse il n. 4, contenente dei frammenti sulla circoncisione dei sacerdoti e sulle formalità religiose e amministrative che l'accompagnavano, e il n. 5, ricevuta (non si sa di chi nè a chi rilasciata) per fornitura di oggetti di marina. Cf. WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 435; KENYON, *Arch. Report*, 1909-10; FUHR, *Berl. phil. WochSchr*, 1910, 579 sgg.; RABEL, *Deutsche Lit.-Zeit.*, 1910, 1756 sg. — Ricordo anche, benchè non strettamente pertinente a questa Rivista, l'edizione del NICOLE, *Le procès de Phidias dans les chroniques d'Apollodore d'après un papyrus inédit de la collection de Genève*, 1910 (cfr. JACOBY, *Berl. phil. WochSchr.*, 1910, 1148 sgg.; LEHMANN-HAUPT, *Klio*, X, 257; [DUCATI, *Atene e Roma*, XIV, 9 sgg.]).

Tra i documenti isolati, ha speciale importanza quello edito dallo ZUCKER, *Urkunde aus der Kanzlei eines römischen Statthalters von Aegypten in Originalausfertigung*, in *S.-B. der Berl. Akad.*, 1910, 2, 710 sgg. (cfr. MITTEIS, *ZSS.*, XXXI, 394, sg; WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 436 seg.). È il primo documento originale della cancelleria del prefetto che pervenga fino a noi; e perciò si presenta, anche dal punto di vista paleografico e diplomatico, notevolissimo. Ma non è senza valore il suo contenuto giuridico; cioè la dichiarazione, fatta dal preside Subatianus Aquila (a. 209 d. C.) allo stratego del nomo arsinoite, di aver rilasciato per compiuta espiazione di pena un condannato ad metalla; l. 3 sgg.: Νίγεραν Παπειρίου καταδικασθέντα εἰς ἀλαβαστρῶ|να ἐπὶ πενταετίαν ὑπὸ Κλαυδίου Ἰου|λιανοῦ τοῦ διασημοτάτου πληρώσαντα | τὸν τῆς καταδίκης χρόνον ἀπέλυσα. È giuridicamente interessante l'apprendere che il decorso del tempo non scioglie senz'altro il condannato dal suo obbligo ai lavori forzati, che è anzi necessario un ordine del preside. Che questo ordine sia comunicato allo stratego del nomo arsinoite si spiega ammettendo che in quel nomo Niger abbia la sua ἰδία: questa opinione, affermata prima dal Mitteis e dal Viereck, fu dal Wilcken dimostrata col richiamo a un papiro inedito berlinese dove l'ordine di ἀπόλυσις è comunicato dallo stratego al

funzionario di un ἄμφοδος perchè prenda i necessarii provvedimenti di polizia [1]). Anche si è discusso sulla posizione del magistrato che pronunziò la condanna: secondo lo Zucker, Claudio Giuliano è un prefetto d'Egitto; secondo lo STEIN (*Κλαύδιος Ἰουλιανὸς ὁ διασημότατος*, in *Arch f. Papf.*, V, 418 sgg.), il quale mette in rilievo le difficoltà storiche e diplomatiche che si oppongono alla tesi di Z., si tratta invece di un rationalis (καθολικός), e precisamente di quello stesso che si trova indicato nel PGiss I 48, l. 4-5., *ad vv.* Κλαυδίου Ἰου[ ]| τοῦ διασημοτάτου, dove Meyer legge Ἰού[στου] e Stein propone Ἰου[λιανοῦ], e in varie epigrafi del CIL. Se così è, resta provato che anche nel regno di Caracalla e Geta, come poi indubbiamente sotto Caracalla (cfr. Mommsen, *Str.R*, 275), i magistrati finanziarii hanno avuto giurisdizione penale. (Sulle regole dello sfruttamento delle miniere, cfr. FITZLER, *Steinbrüch und Bergwerke im ptolemäischen und römischen Aegypten,* Leipzig 1910 [e questa Rivista, II, 12]; sul nostro documento in ispecie p. 120).

Nei *Mélanges Châtelain* (Paris 1910), il VITELLI pubblica *Un papiro del museo greco-romano di Alessandria*, dove due λεσῶναι di Isis Nephrommis, μισθωταί delle terre appartenenti al tempio, le dànno in subaffitto a un laico (a. 65 d. C.) (rec. WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 432). Il V. ha messo il papiro in relazione con BGU. III 916, ed ha dottamente annotate le clausole relative alle prestazioni religiose conservate dai λεσῶναι [2]). — V. anche in calce all'articolo le note del V. sulla lettura della 'Petition des fermiers de Soknopaiou Nesos pubblicata da Barry, 'Bull. Inst. fr. arch. 62', III, 1903, 188 sgg.

Sulla fede del WILCKEN (l. c., 432, 433) cito altri due documenti che non ho potuto vedere sinora:

α) SCHUBART, *Stiftung für einen Tempel aus der Zeit des Augustus*, in *Ztschr. f. äg. Sprache*, XLVII, 1910, 157 sgg.

[1]) Secondo il Wilchen, seguito da Fitzler, l'ἀπολύσιμος del documento nostro sarebbe uno schiavo; non so vedere la ragione della congettura.

[2]) A l. 30, V. propone [κ(αὶ)] βε[βαιούτω o altra clausola simile: e più oltre nota che gli riesce difficile immaginare con che formula fossero qui introdotti gli ἐγγυηταί. Ma dalla l. 31, dove si hanno tracce sicure della designazione del secondo ἐγγυητής, risulta che alla l. 30 il nome del primo ἐγγυητής faceva immediatamente seguito alla parte dispositiva del documento, e che la βεβαίωσις, come di regola nelle locazioni, non c'era; ciò che resta della formula della ἐγγύη concorda, mi pare, con quanto affermo.

β) HAUSSOULIER, *Requête d' un vétéran*, in *Florilegium Melchior de Vogüé*, 1910, 283 sgg. Molto interessante, secondo riferisce il W., soprattutto perchè vi si accenna per l' anno 201-2 d. C. a una larga occupazione del territorio di Kerkesoucha da parte di veterani, e si dà al gruppo il nome di κολωνία.

E cito finalmente, quantunque sia di importanza piuttosto geografica e topografica che giuridica, la collezione edita dal WESSELY, *Griechische Texte zur Topographie Aegyptens* (*Studien zur Pal. u. PapK.*, X, 1910): cfr. ancora una volta WILCKEN, *Arch. f. Papf.*, V, 449 sg. [1]).

8. Prima di chiudere questa parte della Rivista, segnalo alla attenzione degli studiosi la raccolta del MILLIGAN, *Selections from the greek papyri*, Cambridge 1910. Sono tutti documenti già editi, e messi ora insieme per fini scolastici: accanto a parecchie lettere private rivediamo alcuni fra i più interessanti testi apparsi negli ultimi anni, ad es.: PEleph. I, PPar. 26, POxy. 37, 907, PTebt. 381. Scopo principale del raccoglitore è di mostrare ancora una volta le

[1]) [Cito qui, per comodità del lettore, le edizioni di papiri del 1911 che sono a mia conoscenza:

1. POxy. VIII.

2. *Griechische Papyrusurkunden der Hamburger Stadtbibliothek.* B. I, herausgeg. u. erkl. von P. M. MEYER, Heft 1. Leipzig, 1911.

3. *Griechische Urkunden des aeg. Mus. zu Kairo*, herausgeg. v. F. PREISIGKE (= *Schr. der wiss. Ges. in Strassburg*, H. 8). Strassburg, 1911.

4. *Società italiana per la ricerca dei papiri greci in Egitto. — Omaggio al IV Convegno dei classicisti.* Firenze, tip. Ariani, 1911. (Sono cinque papiri, presentati al pubblico dal PISTELLI, trascritti e commentati da L. CAMMELLI, F. RAMORINO, T. LODI, M. NORSA; giuridico è solo il n. 4, un interessantissimo contratto di affitto. Un altro specimen dei papiri posseduti dalla Società - contenente un ampio frammento di un indice bizantino al titolo dei Digesti de pactis - vede la luce in questo fascicolo del *Bullettino*, per cura di F. E. VASSALLI. E intanto si va preparando attivamente la edizione definitiva e complessiva della nuova collezione).

5. *Les papyrus de Théadelphie*, éd. P. JOUGUET. Paris, 1911.

6. J. G. MILNE, *The Hawara papyri*, in *Arch. f. Papf.*, V, 378 sgg.

7. WILCKEN, *Ein Schwur im Chonstempel zu Karnak*, in *Aegyptische Zeitschrift*, XLVIII, 1911.

8. v. WILAMOWITZ-MOELLENDORF u. ZUCKER, *Zwei Edikte des Germanicus auf einem Papyrus des Berliner Museum*, in *S.-B. der kgl. preuss. Akad. der Wiss.*, 1911, I, 794 sgg.].

affinità tra il linguaggio dei papiri e quello del Nuovo Testamento: a questo scopo intendono numerose note grammaticali e lessicali [cfr. ora la recensione del FESTA, *La Coltura*, 1911, 591 sg.] [1] [2]).

II.

9. L'organizzazione dello stato tolemaico e i rapporti fra lo stato e le città greche sono presi in considerazione in numerosi studii recenti [3]).

[1]) [L'opera del Milligan è un sintomo del bisogno, già profondamente sentito da tutti, di crestomazie papirologiche, che facciano noti i documenti principali e più rappresentativi a un pubblico più vasto di quello degli specialisti. Questo bisogno avrà certo presto la sua piena soddisfazione dall'opera del WILCKEN e del MITTEIS, *Grundzüge der Papyruskunde mit Chrestomathie*, che mentre scrivo è di imminente pubblicazione per i tipi del Teubner.

Ad altre opere di utilità generale attende il Preisigke, che con due circolari le ha già annunziate al pubblico degli studiosi. L'una sarà un 'Sammelbuch der griechischen Papyrusurkunden', dove saranno ripubblicati tutti i documenti editi alla spicciolata in riviste e in altre raccolte di scritti di varia indole; l'altra sarà un indice di tutte le emendazioni proposte dagli studiosi alla lettura ed alla integrazione dei documenti delle varie collezioni. Le due iniziative dell'insigne papirologo di Strasburgo saranno certo salutate con gioia da tutti quanti sanno come sia difficile la ricerca di documenti sepolti in riviste e collezioni difficilmente reperibili, e come sia addirittura impossibile l'aver notizia completa delle osservazioni critiche che da ogni parte e ad ogni occasione si vengono facendo sui nostri testi].

[2]) Un'opera che i papirologi già conoscono è il *Lexicon graecum suppletorium et dialecticum* del VAN HERWERDEN; ne è uscita l'anno scorso la seconda edizione (Lugduni Batavorum, 1910). Le fonti papirologiche vi sono larghissimamente e acutamente sfruttate, e vi si tiene anche conto, nei limiti in cui ciò è richiesto dai fini della pubblicazione, della letteratura. L'opera è purtroppo di quelle che invecchiano facilmente. ed ogni nuova pubblicazione di documenti renderebbe necessaria una parziale revisione; l'autore stesso non poteva essere sempre al corrente, ed anche in questa nuova edizione lasciò inesplorata qualche importante raccolta, ad esempio il vol. III del *Catalogue* londinese. Ma l'idea del compianto filologo olandese è ben degna che altri la raccolga e la prosegua; e un gruppo di studiosi potrebbe forse attuarla con maggior completezza e perspicuità, eliminando le mende non lievi che il lessico presenta, forse per la inadeguatezza dell'opera di un solo alla vastità del disegno.

[3]) [Ha soprattutto importanza storica lo scritto del PREISIGKE, *Die Friedenskundgebung des Koenigs Euergetes II* (*PTebt. I 5*), in *Archiv f. Papf.*, V, 301 sgg.; dove si tenta dimostrare che quell'importantissimo documento, regolante svariatissimi rapporti amministrativi e specialmente agricoli, sia stato in sostanza un decreto di amnistia, emanato da Evergete II nell'anno 118 d. C. dopo la guerra civile suscitata dalla sorella Cleopatra II. La ipotesi può avere importanza anche per l'analisi giuridica di molti passi del celeberrimo papiro].

Le linee generali sulla posizione delle città greche sono tratteggiate da SCHUBART, *Spuren politischer Autonomie in Aegypten unter den Ptolemäern,* in *Klio*, X, 41 sgg. - La organizzazione statuale dei Lagidi si sovrappose alla organizzazione delle πόλεις preesistenti, ma non la eliminò, come non la eliminava nelle isole soggette. Perciò accanto alle leggi tolemaiche sono nominati i νόμοι πολιτικοί o ψηφίσματα, che erano certamente leggi cittadine; e una contrapposizione analoga si ritrova in POxy. IV 706, dove di una questione si cerca la soluzione prima secondo i νόμοι αἰγύπτιοι, poi ἀ[κο]λούθως τοῖς ἀστικοῖς νόμοις[1]). Naturalmente, gli ψηφίσματα non possono contraddire alle leggi dello stato (e ciò attesta il papiro pubblicato da Seymour-De Ricci, C.-R. de l'Acad. des Inscr., 1905, 100 sgg.); ma i Tolemei, che non intrapresero una unificazione completa, lasciarono che l'organizzazione cittadina e anche vari campi del diritto pubblico e privato fossero regolati dalle leggi dei singoli luoghi e nazionalità. - Alessandria conserva i suoi magistrati, in ispecie l'ἐξηγητής, a cui Strabone attribuisce l'ἐπιμέλεια τῶν τῇ πόλει χρησίμων, e che troviamo occupato nella formazione delle liste dei cittadini, nella cura dei minori e simili; e greca è anche la divisione della cittadinanza in file e in demi, e la distinzione fra i cittadini pieni, designati col nome demotico, e i minori, Ἀλεξανδρεῖς puramente e semplicemente (su ciò cfr. già Schubart stesso, in 'Arch. f. Papf.' V, 39 sgg., e la mia Rivista 1909, III, 10): soltanto pare (ed è forse questo un effetto della sua nuova posizione di capitale del regno) che Alessandria abbia perduto in età tolemaica la βουλή. Ma anche minori centri di vita greca hanno la loro organizzazione politica: così Naucratis, così il πολίτευμα καὶ οἱ ἀπὸ τῆς πόλεως Ἰδουμαίων, così anche il πολίτευμα τῶν Κρητῶν. Lo svolgimento della politica tolemaica viene via via smorzando il tono della autonomia cittadina, e riducendone l'attività legislativa; ma le istituzioni fondamentali persistono fin nell'epoca romana.

La città che per lo studio dell'ellenismo in Egitto presenta i dati più copiosi e più notevoli è Ptolemais; e ad essa è ora dedicato il libro di PLAUMANN, *Ptolemais in Oberägypten: ein Beitrag zur Geschichte des Hellenismus in Aegypten* (= *Leipziger hist. Abh. XVIII*)

[1]) Lo S. richiama anche il PLille 29, e la sua lettura [ϫεσ]μοφύλακες al posto dei [νο]μοφύλακες dagli editori: ma ora lo JOUGUET (*Rev. de phil.*, XXXIV, 44, n. 5) dichiara che nella lacuna del papiro non c'è posto per tre lettere.

Leipzig 1910 [1]) - un libro di storia della cultura in generale, nel quale però la questione della organizzazione cittadina è messa in prima linea. L'autonomia di Ptolemais si mostra già nella forma esteriore dei decreti, i quali - a differenza dei documenti pubblici della χώρα - non sono datati secondo gli anni del sovrano; e si esprime costituzionalmente nella esistenza e nel funzionamento della βουλή e della ἐκκλησία, nel collegio dei pritani (che sono sei, probabilmente tanti quanti le file, compreso fra i sei il γραμματεὺς τῆς βουλῆς) costituente la presidenza dell'assemblea e l'organo che tiene i rapporti fra βουλή ed ἐκκλησία, finalmente nella legislazione Ptolemais ci presenta appunto le maggiori tracce di legislazione autonoma: appartiene infatti a questa città il PFay. 22, nel quale già lo Schubart (cfr. Rivista 1909, I, 1) riconobbe la citazione di un ψήφισμα di Tolemaide regolante varie questioni di diritto matrimoniale. L'ingerenza del governo si manifesta in maniera indiretta, e massime mediante l'unione dei maggiori honores cittadini e delle più importanti cariche statuali nelle stesse persone (cfr. in ispecie la iscrizione pubblicata da SCHUBART, l. c , 54, n. 2: [Καλλίμαχος] ὁ συγγε[νὴς καὶ στρατ]ηγὸς κ[αὶ ἐπιστράτηγ]ος τῆς Θ[ηβαΐδος... καὶ ἀρ]χιπρύτανις [καὶ γυμν]ασίαρχος). Anche in epoca romana la comunità cittadina persiste; e vi si accenna probabilmente nella iscrizione apud Dittenberger, O. G. 668 (a. 60-61 d. C.), dove la indicazione della πόλις ἡ Πτολεμαίεων come autrice del documento non sembra potersi riferire ad Arsinoe (Ptolemais Euergetis) che non ebbe mai organizzazione cittadina; il PFay. 22 mostra del resto ancora in vigore il citato ψήφισμα tolemaico. Dei magistrati si ha notizia dal PLond. III p. 71 (a. 47 d. C.), dove alcune terre sono dichiarate in proprietà τῶν ἀρχόντων πόλεως διὰ τῶν πρ⟨ο⟩ιτάνων; il che mostra ancora una volta come i romani abbiano spostato il centro della organizzazione politica dalla βουλή al collegio dei magistrati. E infatti della βουλή non si ha notizia fino al III sec., nel qual tempo essa si riconnette alla nuova organizzazione municipale di tutti i capiluoghi di distretti. Anche in epoca romana la cittadinanza, che conserva la sua distribuzione in file e in demi, ha i privilegi degli Ἕλληνες di fronte ai λαοί, quali l'ammissione nelle legioni e per il tramite di esse nella cittadinanza e l'esenzione dalla λαογραφία e dalle χωρικαὶ λειτουργίαι;

[1]) [Cfr. la recensione di WIEDEMANN, *WochSchr. f. kl. Philol.*, 1911, n. 8].

sulla stessa linea il P. colloca anche la capacità di contrattare in forma di συγχώρησις, che non è a suo avviso privilegio dei soli alessandrini, ma di tutte le classi superiori (romani, greci, κάτοικοι) [1] [2].

Alla vita delle città greche si connette anche l'istituto della efebia: sulla sua diffusione nelle città greche di Egitto ci informa lo JOUGUET, *Remarques sur l'éphébie dans l'Egypte gréco-romaine*, in *Rev. de philologie*, XXXIV, 43 sgg. [3]).

10. L'ordinamento delle cave e delle miniere è preso in esame nella dissertazione di FITZLER, *Steinbrüche und Bergwerke im ptolemäischen und römischen Aegypten* (= *Leipziger hist. Abh.* XXI, Leipz. 1910): [cfr. anche l'articolo *Zur kaiserlichen Bergwerksverwal-*

[1]) Ho accennato nel testo soltanto alla parte della monografia del Pl. più interessante per la storia del diritto pubblico ellenistico; ma il libro suscita grande interesse anche per le questioni che solleva ed esamina riguardo alle corporazioni di arti e mestieri residenti in Ptolemais, alle opere pubbliche cittadine, alle religioni pagana e cristiana, al culto dei dinasti tolemaici e degli imperatori romani. Intorno alla questione sul culto di Augusto in Ptolemais si è svolta una polemica fra il Plaumann e l'Otto (cfr. OTTO, *Augustus Soter*, in *Hermes*, XLV, 1910, 448 sgg.; PLAUMANN, *Ptol. in Oberaeg.*, 49 sgg. 88 sgg.; OTTO, *Hermes*, XLV, 632 sgg.; [PLAUMANN, *Der Stadtkult von Ptolemais*, in *Hermes*, XLVI, 1911, 296 sgg.]). [Per la evidente connessione con questioni interessanti il diritto pubblico, cito qui anche BLUMENTHAL, *Der aegyptische Kaiserkult*, in *Arch. f. Papf.*, 317 sgg.].

[2]) [Ad un piccolo centro di vita greca si riferisce anche lo scritto del WILCKEN, *Ein Gymnasium in Omboi* (*Arch. f. Papf.*, V, 410 sgg.), contenente la pubblicazione di una iscrizione del Lyceum Hosianum di Braunsberg, alla lettura e integrazione della quale hanno largamente cooperato col W. lo HILLER VON GAERTRINGEN e lo SCHUBART; nel commento è messo in rilievo l'alta importanza della corporazione come centro di ellenismo].

[3]) Alla cronologia dei prefetti d'Egitto sono dedicati nuovi studi dal CANTARELLI: cfr. *Giulio Giuliano ed Ermogene Parnasio*, in *Saggi di st. ant. e di arch. offerti a G. Beloch*, 169 sgg.; e sulla missione di Flavio Entolmio Taziano in Egitto negli anni 371-377 lo scritto pubblicato in *Bull. de la Soc. arch. d'Alexandrie*, 1910, n. 12, 35 sg. [I due scritti sono ora rifusi nella più vasta opera su *La serie dei prefetti d'Egitto, II: Da Diocleziano alla morte di Teodosio I* (*A. D. 284-395*), in *Mem. della R. Acc. dei Lincei. Cl. di sc. mor. stor. e filol.* Ser. V, vol. XIV, p. 312 sgg.]. Cfr. anche sulla lista MAIURI, *La successione Elio Gallo - C. Petronio nella lista dei prefetti dell'Egitto*, in *Saggi Beloch*, 321 sgg. [ed ora ODDO, *E. Gallo e C. Petronio prefetti dell'Egitto*, Caltanissetta, 1911].

[Su un minore funzionario alessandrino, sopraintendente alle entrate cui dava luogo la coltivazione e la preparazione del papiro è - dal 2° secolo di C. in poi - al relativo monopolio di stato, cfr. ora ZUCKER, *Ἐπίτροπος χαρτηρᾶς Ἀλεξανδρείας*, in *Philologus*, LXX, 1911, 79 sgg.].

tung in Aegypten, in *Arch. f. Papf.*, V, 422 sg. e la recensione di WIEDEMANN, *WochSchr. f. kl. Philol.*, 1911, 838 sgg.].

Fin dall'epoca dei Faraoni le miniere erano state considerate come proprietà dello stato, il quale le sfruttava direttamente mediante il lavoro di salariati liberi e di schiavi o mediante la imposizione di *corvées* ai sudditi. In età tolemaica i rapporti si differenziano e si complicano: accanto allo sfruttamento diretto delle miniere col lavoro dei condannati e dei sudditi liturgi e alla analoga requisizione di liturgi per lo sfruttamento di alcune cave, altre cave sono sfruttate dallo stato indirettamente per via di *submissio* o concessione a imprenditori Su quest'ultimo metodo notizie abbastanza precise sono fornite dai papiri del Flinders Petrie [1]): le singole cave sono concesse agli imprenditori in base al consueto sistema dell'asta, sono attribuite cioè a chi chieda allo stato un corrispettivo minore, inferiore in ogni caso al massimo fissato come base di asta. Lo stato assume la obbligazione di fornire periodicamente all'imprenditore certe somme di danaro e quantità di derrate, l'imprenditore assume quella di compiere entro un certo tempo il lavoro assegnatogli e di consegnare ai funzionarii sopraintendenti tutto il materiale ottenuto. Della commissione che divide i lotti e li assegna agli imprenditori fa parte, oltre l'οἰκονόμος, un funzionario speciale, l'ἀρχιτέκτων; le cui funzioni, ben note dalla vasta serie di documenti riguardanti l'architetto Cleone [2]), abbracciano i lavori di indigamento e canalizzazione del Nilo, le costruzioni pubbliche, le cave e le miniere, e consistono appunto nella sorveglianza amministrativa e tecnica su queste opere pubbliche: suo aiutante e sottoposto è l'ὑπαρχιτέκτων. La stessa commissione che distribuisce il lavoro secondo il sistema della submissio provvede in altri casi (soprattutto, pare, dove sia richiesto un lavoro più assiduo e metodico) imponendo il lavoro a sudditi forniti dai varii villaggi secondo il sistema della liturgia: i liturgi sono anch'essi obbligati a fornire tutto il materiale ottenuto allo stato, il li quale rimunera con un salario alimentare. A capo dei lavoratori stanno varii impiegati

[1]) Le notizie che si riferiscono direttamente alle cave sono completate da quelle sui lavori necessarii alla irrigazione: su questi vedi l'*Excurs* del FITZLER a pag. 73 sgg.

[2]) V. già Bouché-Leclercq, L'ingénieur Cleon, in Rev. des ét. grecques, 1908, 141 sgg.

dirigenti, quali gli ἐργοδιῶκται e gli ἐπιστάται: i lavoratori sono di solito liberi (per i liturgi ciò è evidente, per i λατόμοι salariati dagli imprenditori sembra risultare dalla denominazione, promiscuamente usata, di ἐλευθερολατόμοι), e si possono distinguere in operai tecnici, quali i λαξοί, e manovali, quali i λατόμοι in senso stretto e i liturgi. Soltanto per le miniere d'oro la testimonianza di Agatarchide, riferita da Diodoro (III, 12) e da Fozio (cod. 250), accerta lo sfruttamento diretto mediante il lavoro dei condannati e dei banditi, guidati anche qui da operai tecnici.

In epoca romana, le cave e miniere già aperte dai Tolemei passano a far parte delle ben note rationes degli imperatori: solo è incerto in quanta parte rientrassero nella proprietà dello stato, in quanta parte nel patrimonium principis, ma è noto ad ogni modo che le due rationes tendono in progresso di tempo a confondersi in una sola. In proprietà dell'erario sembra siano entrate fin dall'origine le poche cave e miniere aperte per la prima volta dai romani. Riguardo al modo dello sfruttamento, bisogna anche ora distinguere tra sfruttamento diretto e indiretto. È dubbio se persista ancora il sistema tolemaico della attribuzione dei lavori delle cave ad imprenditori; ma, mentre di questa forma di concessione si hanno poche tracce, risulta invece chiaramente provata da CIGr. III 4713 sg. l'esistenza di μισθωταὶ τῶν μετάλλων. Questi però non sono da intendere come grandi affittuarii delle cave (il materiale ottenuto non è infatti lasciato a loro), ma come intermediarii fra lo stato e i piccoli affittuarii, i quali procedono allo scavo e trasmettono al μισθωνής, e per suo tramite al governo, una parte dei prodotti, trattenendo l'altra per sè. Lo sfruttamento diretto per conto dello stato si compie anzitutto per opera dei damnati ad metalla: questa forma di sfruttamento, attestata già da Giuseppe e da Aristide, è ora confermata anche dal papiro ultimamente edito da Zucker (cfr. sopra, I, 7). Solo verso la fine dell'epoca imperiale ritorna in onore il sistema della liturgia: istruttivo è a questo riguardo il PFior. I 3 (301 d. C.), dove sono richiesti al comarca del villaggio Σενομβώ due uomini per il κατὰ Ἀλα[βα]στρίνην μέταλλον e sei per i περὶ Μαζιμιανοῦ πόλει μέταλλα (casi analoghi in PAmh. II 139 e in PThead. Inv. 15). È dubbia la esistenza di un funzionario che presiedesse alla amministrazione di tutte le cave e miniere: i due funzionarii, il cui nome si presterebbe a una così vasta interpretazione

(l'ἐπίτροπος τῶν μετάλλων e il μεταλλάρχης), sono mentovati raramente e sempre a proposito di singole miniere, onde risulta probabile che solo a queste fossero preposti. Certo è invece che ogni miniera aveva un suo direttore tecnico, con varia denominazione (praefectus montis Berenicidis, ὁ ἀρχιτέκτων e simili), e funzionarii tecnici e amministrativi dipendenti. Anche in questa epoca i lavoratori delle miniere sono per lo più liberi: la presenza di schiavi è resa probabile soltanto dalle notizie che abbiamo sulla posizione dei condannati ad metallum e sull'applicabilità della pena anche ai servi. La constatazione stabilisce ancora una differenziazione fra l'Egitto e le altre province dell'impero; ma la diversità non riguarda il diritto minerario, bensì la struttura stessa della società, e conferma in sostanza la tesi della irrilevanza della schiavitù nella costituzione economica dei paesi ellenistici.

11. In una più vasta cerchia di rapporti pubblici e privati ci porta il forte volume del PREISIGKE sulle operazioni di giro [1]: l'autore, che per l'ufficio pubblico che ricopre è profondo conoscitore dell'attuale meccanismo burocratico e che è insieme fra i più ardenti fautori dello sviluppo delle operazioni di giro nei moderni uffici postali, era il più adatto a riaffrontare, dopo gli accenni - non più recenti ma pur sempre fondamentali - del Mitteis, lo scabrosissimo tema. Il quale non si concentra per l'Egitto nello studio delle operazioni bancarie: la concorrenza della economia monetaria con la naturale, resa necessaria in ogni tempo della vita egiziana dalla prevalenza dell'agricoltura su ogni altra forma di attività e più nell'epoca romana dalla destinazione della provincia alla fornitura della maggior possibile quantità di frumento, fa sì che anche le forme più progredite di movimento della ricchezza si adattino alla duplice esigenza, e che accanto agli istituti destinati a facilitare le trasmissioni di moneta ne coesistano altri diritti alle trasmissioni di derrate. Al movimento del denaro

[1]) PREISIGKE, *Girowesen im alten Aegypten, enthaltend Korngiro Geldgiro Girobanknotariat mit Einschluss des Archivwesens. Ein Beitrag zur Geschichte des Verwaltungsdienstes im Altertum*, Strassburg, 1910. V. anche il breve articolo divulgativo *Der Giroverkehr im alten Aegypten*, inserito dall'autore stesso in *Archiv f. Post u. Telegr.*, XX, 1910, 545 sgg., e la larga recensione di PARTSCH, *Goett. Gel. Anz.*, 1910, 725 sgg.; cfr. SCHUBART, *Liter. ZBl.*, 1910. fasc. 22; [VIERECK, *Berl. philol. WochSchr.*, 1911, 966 sgg.].

sono destinate le τράπεζαι; ma la parola τράπεζα ha il duplice significato di 'banca' e di 'cassa dello stato', il che rende necessaria una delicata e non sempre facile indagine per stabilire quale significato le si adatti meglio in ciascun caso. Nell'epoca tolemaica, dove le banche private sono rarissime e poco attive, probabilmente perchè strettamente limitate nelle loro funzioni da un monopolio statuale, τράπεζα è in generale la cassa pubblica del distretto; in epoca romana, invece, la meravigliosa fioritura delle banche private nelle città e nei villaggi (in Arsinoe se ne conoscono sedici, delle quali almeno sette fungevano contemporaneamente nell'anno 147 d. C.) fa sì che alla cassa pubblica si dia spesso il nome di δημοσία τράπεζα, o che in altra guisa se ne faccia risaltare la diversa natura. Ma la determinazione non è sempre facile[1]; anche perchè la denominazione di δημοσία τράπεζα è data talvolta a banche che occupano una posizione intermedia fra le banche private e le casse dello stato, cioè alle banche pubbliche site nei capiluoghi di νομοί, le quali, mentre hanno tutte le facoltà e i doveri delle altre banche per quanto si riferisce ai rapporti coi privati, hanno di fronte alle altre il privilegio di poter esse solo mettersi in rapporto con le casse pubbliche. Al movimento delle derrate sono invece destinati i θησαυροί (granai) dello stato, siti nelle città e nei villaggi, con competenza territoriale più o meno vasta secondo la minore o maggiore produttività delle diverse zone: a capo sono i σιτολόγοι, unici per ogni θησαυρός nell'epoca tolemaica, collegiali a cominciar da Tiberio, assistiti per il lavoro burocratico da γραμματεῖς, per le funzioni tecniche da σιτομέτραι e da ἐπισφραγισταί. In epoca tolemaica si chiamano σιτολόγοι anche gli speciali funzionarii deputati alla sorveglianza di tutti i granai del distretto. I romani invece uniscono la sorveglianza dei granai e delle banche alle altre funzioni dello στρατηγός e del βασιλικὸς γραμματεύς: riguardo alle imposte, questi si avvalgono dei materiali inviati dagli istituti dipendenti per preparare i loro rendiconti mensili degli ἀργυρικά e dei σιτικά, e trasmettono questi rendiconti all'ufficio centrale del διοικητής, presso il quale è istituita una vera e propria corte dei conti; qui si preparano i rendiconti generali della provincia, distinti non solo secondo che si tratti di entrate in denaro o in derrate, ma anche secondo che

[1]) Da questa difficoltà sono appunto motivati i dubbii del Partsch, l. c 726, intorno alla portata della distinzione fra banca e cassa pubblica.

le entrate appartengano all'erario (διοίκησις) o alla res privata imperiale (ἴδιος λόγος).

Il deposito presso i granai (θέμα, forma verbale θεματίζειν) può esser compiuto per conto proprio o per altrui, come nel caso frequentissimo del colono che si obbliga a versare la mercede o l'imposta in natura per conto del locatore. L'agricoltore egiziano deposita nel θησαυρός pubblico, ad evitare i rischi e le spese che deriverebbero dall'assumere su di sè la custodia, tutta la parte del raccolto che non serve a soddisfare bisogni immediati; e probabilmente tutti i depositi sono messi insieme nello stesso acervo [1]). Ciò non sarebbe concepibile dove si facessero distinzioni nella qualità del frumento; ma par certo che nell' Egitto greco-romano queste distinzioni non si facessero, se non nel caso - ben lontano dai rapporti che vengono qui in considerazione - di confronto tra il frumento indigeno e quello acquistato all'estero. Normalmente, si usa distinguere solo - e la distinzione doveva certo essere osservata anche nel collocamento dei depositi - fra le annate e i raccolti a cui il frumento appartiene: ogni dichiarazione o quietanza di deposito indica, oltre la quantità delle derrate depositate, anche il raccolto (γενήματος τοῦ X ἔτους). Senonchè la parola γένημα assume talvolta anche un ben diverso significato: serve cioè ad indicare il raccolto dal quale avrebbe dovuto esser fatto il pagamento, la competenza - come noi diremmo - del pagamento stesso.

La opportunità di operazioni di giro si affacciava ogni volta che il privato tenuto a versare una quantità di derrate nel conto corrente di altri avesse egli stesso un deposito presso il granaio: era evidente il risparmio di tempo e di spesa che si otteneva detraendo quella quantità dal credito dell'obbligato e segnandola a credito dell'altra parte. Il sistema era largamente praticato nei pagamenti che, come si è visto, il colono faceva al locatore o per conto di lui allo stato; ma più chiaro ancora risulta in materia tributaria. L'esattore delle imposte, che possiede un suo conto privato presso il θησαυρός, vi deposita le tasse che esige sul mercato del villaggio, e vi fa versare le

[1]) Con questa ipotesi non si accorda, dal punto di vista della tecnica giuridica, la dichiarazione del P. (pag. 72), che « die Kornmenge bleibt Privateigentum des Guthabers »: a proposito del nocchiere Saufeio, che per il frumento di varia provenienza stivato nella sua nave aveva proceduto come i nostri σιτολόγοι, Alfeno Varo (D. 19, 2, 31) affermava più sottilmente « triticum factum Saufeii ».

altre dai contribuenti stessi; questi, se hanno presso il granaio un conto corrente, procedono al versamento con una operazione di giro: con una analoga operazione, il gettito delle imposte si trasporta a suo tempo dal conto privato dell'esattore a quello dello stato. Quando poi il contribuente dimora temporaneamente fuori della sua ἰδία, l'esattore delega la sua funzione al collega del luogo di dimora; e la somma così ottenuta si segna nel luogo di dimora a debito, nella ἰδία a credito del rispettivo esattore: i conti si regolano, se i due luoghi appartengono allo stesso νομός, nell'ufficio del βασιλικὸς γραμματεύς, se appartengono a diversi νομοί, nell'ufficio del διοικητής (cfr. su tutto ciò BGU. IV 1089, 1090; BGU. III 835; PFay. 86; [da ultimo il n. 29 delle *Griech Urk. des ägypt. Mus. zu Kairo*]). Un procedimento analogo si attua anche nei pagamenti a distanza da privato a privato: dietro ordine del solvente, il granaio in cui egli ha un conto corrente trasmette uno *chèque* di servizio a quello con cui è in rapporto l'accipiente; e l'operazione si compie con l'addebitamento da una parte e l'accreditamento dall'altra (cfr. ad es.: PFay. 16, PLond. II 315). Inter praesentes o inter absentes, l'ordine di pagamento è dato al granaio con un documento (διαστολικόν) contenente l'imperativo μέτρησον; quando tale assegno è consegnato al destinatario del pagamento (il che avviene, a mio avviso, allorchè le derrate gli debbono essere effettivamente consegnate), questi lo lascia a pagamento avvenuto alla banca, segnando in calce la quietanza (ὁ δεῖνα ἐπήνεγκα) [1]. La banca rilascia a sua volta dichiarazioni riguardanti i pagamenti e le operazioni di giro fatte o da fare: tali dichiarazioni sono volta a volta quietanze per il traente (ad es.: Ostr. II 701, Arch. V, 174, nn. 15 e 17 [imposte], BGU. I 61 [pagamento privato]) o avvisi per l'accipiente (ad es.: Arch. V, 174 n. 16 [imp.], BGU. III 716 [p p.]). L'estrema

[1]) Il Preisigke riconosce un titolo al portatore nel POxy. III 613, contenente a suo avviso uno *chèque* senza l'indicazione del destinatario del pagamento, con la quietanza di colui che ha esatto la somma come ultimo possessore del titolo. Il Partsch (l. c., 733) combatte questa interpretazione, sia perchè manca qualunque accenno ad obbligazione al portatore, sia perchè il verbo διαστέλλειν non è all'imperativo come di solito negli ordini di pagamento, ma al passivo e all'indicativo [δίεστ(αλκεν) Pr.; (-άλη) Grenfell-Hunt.]. Per parte sua, il Partsch riconosce nel corpo del documento l'accettazione della tratta da parte della banca, nella ὑπογραφή la interpellazione fatta dal debitore affinchè, venute meno le ragioni del ritardo nel pagamento, questo sia finalmente eseguito a suo favore. [Contro Preisigke anche VIERECK, l. c., 971].

laconicità e l' incertezza della terminologia lascia spesso dubbio chi fra i personaggi nominati sia il traente, chi l' accipiente, chi il rappresentante eventuale dell' uno o dell' altro [1]).

I principii generali intorno al giro di derrate trovano corrispondenza esatta nel meccanismo di giro monetario, in cui si esplica l'attività delle banche. La banca serve da tramite di trasmissione del danaro fra i cittadini che a questo fine le si rivolgono; e soprattutto presta il suo servizio a coloro che hanno presso di essa un deposito in conto corrente. Il pagamento prende nome di διεγβολή quando si ha la materiale tradizione della moneta al destinatario, di μεταβολή

[1]) A pagg. 147-180, il Pr. esamina minutamente tutte le varie locuzioni usate; ma il fatto frequente, che le stesse costruzioni possano indicare ora l' uno ora l' altro degli interessati, rende spesso ipotetica la interpretazione. In molti documenti, il Pr. ha visto dichiarazioni rilasciate dal granaio su un compiuto giro di derrate dal conto dei βασιλικοὶ γεωργοί o dei κληροῦχοι o dei κάτοικοι come persone giuridiche corporative al conto di privati, cui tali corporazioni farebbero così dei pagamenti (ad es.: PAmh. II 120: μεμετρήμεϑα ἰς Σαγάϑης Ἀρπαγάϑου διὰ κληρούχων... ἀρτάβας ἑπτὰ = ⟨Noi σιτολόγοι⟩ abbiamo pagato a Sag. per conto [*scil.* per detrazione dal conto] dei cleruchi ecc.). Contro queste deduzioni il Rostowzew (*Kolonat*, 404 sg.) adduce il non riconoscimento dei gruppi dei βασιλικοὶ γεωργοὶ e simili come persone giuridiche corporative: l' aggruppamento di questi contribuenti avviene soltanto agli effetti e nei limiti voluti dalla corresponsabilità fiscale di tutti per il singolo; e non può ammettersi che il gruppo come tale faccia pagamenti ai privati. Bisogna dunque intendere anche l' espressione εἰς τὸν δεῖνα come relativa al solvente, e nelle formule βασιλικῶν γεωργῶν o διὰ βασιλικῶν γεωργῶν, κατοίκων o διὰ κατοίκων ecc. bisogna vedere soltanto l' indicazione del titolo del pagamento: con che la maggior parte di quelle che il Pr. considera come *Girobeschenigungen* vanno intese come quietanze rilasciate dal granaio all' esattore delle imposte (nel papiro citato i σιτολόγοι direbbero al l' esattore: « Abbiamo versato [nel tuo conto] per ordine [e dal conto] di Sagathes a titolo di imposta sui κληροῦχοι ecc.). [Da ultimo il Preisighe, *Griech. Urk. des aeg. Mus. zu Kairo*, ad n. 28, difende ancora contro il Rostowzew la sua tesi, rilevando in ispecie che la interpretazione dal R. suggerita riguardo all' uso della preposizione εἰς urta contro i luoghi dove l' εἰς regge un sostantivo indicante una pubblica imposta (ad es.: εἰς τὴν ἐπιγραφήν) e anche contro la locuzione, spesso usata, εἰς ὄνομα τοῦ δεῖνα. Quest' ultima locuzione non prova, a mio avviso, nè pro nè contro l' una o l' altra interpretazione: certo è invece che la frase εἰς τὴν ἐπιγραφήν non può volere indicare la ratio delle ἐπιγραφή come pagatrice, ma solo come accipiente. Bisogna dunque per lo meno ammettere che la preposizine εἰς abbia assunto volta a volta i due opposti significati, analogamente a quanto lo stesso Pr. riconosce per la preposizione ὑπέρ. In ogni modo, la negazione della organizzazione corporativa dei βασιλικοὶ γεωργοί, e, più ancora, dei κάτοικοι e dei κληροῦχοι, sembra essere uno dei più sicuri risultati della bella indagine del R. sul colonato (v. oltre, n. 13); e ciò rende necessaria l' accettazione della spiegazione ch' egli dà alle quietanze prese in esame].

quando la trasmissione si sustanzia in una operazione di giro: la parola διαγραφή (lat. perscriptio) è invece usata, come mostrò già a suo tempo il Mitteis, ad indicare qualunque pagamento per via bancaria. Così il materiale pagamento come la operazione di giro presuppongono un assegno, il quale è analogo a quelli che abbiamo visti per i θησαυροί, salva la sostituzione dell'imperativo χρημάτισον al μέτρησον, e salva anche la indicazione della causa del pagamento, che è indicata in questi assegni bancarii mentre manca negli assegni di derrate. Eseguita in qualunque forma la trasmissione, la banca ne dà conto al traente con una dichiarazione, che nella sua forma pura contiene una trascrizione letterale e asindetica dalle colonne dei registri bancarii (Ὁ δεῖνα. Τῷ δεῖνι. Λοιπὸν τιμῆς κτλ.; o similmente) [1]). L'accipiente rilascia a sua volta delle quietanze, dirette in qualche caso isolato (PFay. 100) alla banca, di solito al traente: talvolta la quietanza è scritta sotto la dichiarazione della banca, tal'altra sta a sè, col suo nome di ἀποχή, e forma il contenuto di una ὁμολογία. Ma in questo caso, come in molti altri, dalla quietanza al contratto autonomo è breve il passo: di quietanza si può ancora parlare dove, come nel POxy. I 91, la menzione della controprestazione passa in seconda linea; ma si tratta di vero e proprio contratto dove la controprestazione prevale, mentre passa in seconda linea il pagamento bancario. Anche delle banche si servono largamente, per le imposte in danaro, gli appaltatori ed esattori: nell'epoca tolemaica, il pagamento è fatto dai contribuenti alla cassa dello stato, la quale tiene un conto di servizio dell'appaltatore, e riceve le somme in base a un ordine di lui, controfirmato dal funzionario superiore responsabile e designato anch'esso col nome di διαγραφή; nell'epoca romana, il pagamento può essere ancora versato alla cassa pubblica nel conto di servizio dell'esattore, ma può pure esser fatto, come si rileva da POxy. II 288, 289 e da PFay. 41, alle banche private, le quali curano la trasmissione - per il tramite delle banche pubbliche dei νομοί - alla cassa [2]). Ed anche per le banche si

[1]) Cfr. su questo punto anche Partsch, l. c., 738, e i confronti ivi istituiti con i dati che forniscono gli oratori per le banche ateniesi del secolo IV a. Cr.

[2]) Praticamente, il Pr. descrive il processo nel modo che ho riassunto nel testo; ma ritiene che ad attuarlo fosse necessario anche un conto privato dell'esattore presso le banche private. A me questo tramite sembra completamente inutile; onde restano intatti i dubbii già manifestati dal Wilcken (*Arch. f. Papf.*, V, 258) intorno alla esistenza di conti simili.

verifica la necessità di operazioni di giro fra assenti: così quei membri della esattoria di Tebtynis, che nel PTebt. II 391 assumono la esazione delle imposte in danaro dovute dai contribuenti dimoranti fuori dalla ἰδία, debbono necessariamente ricorrere all'aiuto degli esattori e delle banche dei luoghi di dimora, e procedere come si procede nei rapporti fra i θησαυροί per le imposte in natura; e d'altronde i rapporti di giro fra assenti risultano provati, per i pagamenti privati, da BGU. II 445, IV 1064.

Dalle descritte funzioni della banca ne sorgono per naturale svolgimento delle nuove e notevolissime. La dichiarazione bancaria di compiuta operazione di giro, già considerata nella sua forma pura ('selbständige Girobankbescheinigung'), può esser messa in relazione con un contratto agoranomico in cui incida la trasmissione del danaro (ad es.: vendita o mutuo o dazione di dote): in questo caso, la dichiarazione bancaria non è più autonoma, ma dipendente ('unselbständig'). Ma la dichiarazione può trasformarsi in contratto bancario, dipendente o indipendente. Un contratto bancario dipendente si ha quando all' usuale contratto notarile si aggiunga un ulteriore contratto fra la banca e l'accipiente per la trasmissione della somma. Questo contratto assume nei diversi νομοί diversa forma. In Hermupolis (esempio ormai classico il PFior. I 1) il contratto notarile di mutuo ipotecario è seguito dal nuovo tipo di διαγραφή bancaria, che comincia col solito estratto asindetico dai registri (Ἑρμιόνη κτλ. Πτολέμᾳ κτλ. Δραχμὰς κτλ.) ma contiene una circostanziata descrizione della causa del versamento della somma; e alla διαγραφή segue la ὑπογραφή dell'accipiente (cioè del creditore del contratto bancario, che in PFior. I 1 è il mutuatario): la ὑπογραφή non è sottoscrizione in senso tecnico notarile ma dichiarazione circostanziata della ricezione della somma e rinnovata descrizione della causa del versamento. In Antinoupolis invece (es.: PLond. III 1164) non sussiste la duplicità di διαγραφή e ὑπογραφή, ma si ha solo la dichiarazione dell'accipiente (Εὐδαίμων κτλ. Τούρβωνι κτλ. Ἀπεσχηκέναι κτλ.), sempre con circostanziata descrizione della causa. Le clausole essenziali del contratto notarile erano così ripetute inutilmente due o (in Hermupolis) tre volte: solo qualcuna, come quelle intorno al pericolo e alla garanzia, restava a far parte del solo contratto notarile. Si presentava dunque opportuno un nuovo sviluppo, che eliminasse il contratto agoranomico e investisse la banca della fun-

zione di vero e proprio notariato. E il passaggio si compì: in Hermupolis raccogliendo nella ὑπογραφή tutte le clausole notarili che non potevano rientrare nello schema troppo tecnico della διαγραφή, e dando così alla ὑπογραφή un valore e una portata discordanti dalla sua denominazione e dalla sua posizione nel documento (es.: PLips. I 3); in Antinoupolis, ampliando quella dichiarazione unilaterale che costituiva il contratto bancario dipendente (es.: PLond. III, 1164 c.); e la nuova forma si impose anche nel Faijûm, che pur non conosceva il contratto bancario dipendente. Questa nuova funzione notarile, che fa dare alle banche il nome di χρηματιστικὴ τράπεζα, è fra le più usate (una banca del Faijûm redige da due a tre contratti al giorno: cfr. PFior. I 24 e 25); il banchiere diventa notaio, con tutti i diritti e tutti gli obblighi relativi, e quindi non può redigere contratti di disposizione su immobili senza l'ἐπίσταλμα della βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων, ed è obbligato alla ἀναγραφή, alla registrazione dei riassunti dei contratti per la spedizione mensile alla βιβλιοθήκη, alla scrittura e conservazione della copia che deve restare presso di lui. Di solito, non si redigono alla banca se non i contratti che richiedono alla loro perfezione la tradizione di una somma di danaro, ma vi è qualche eccezione (PTebt. II 398); e vi è anche un caso (PLond. III 932) in cui la tradizione di danaro è apprestata per l'occasione, o forse anche finta, riducendosi alla trasmissione per via bancaria di 8 dracme εἰς λόγο(ν) δαπανῶν τῆσδε τ(ῆς) διαγραφῆς.

12. Fondamentalissima per la storia giuridica ed economica dell'impero è l'opera di M. Rostowzew, *Studien zur Geschichte des römischen Kolonates* (= I. Beiheft des *Arch. f. Papf*, Leipzig 1910)[1].

Il fine che l'insigne studioso si propone non è la ricostruzione di tutta la storia agraria ellenistico-romana, quale sarebbe necessaria a mettere in luce il movimento complesso che ha trasformato i lavoratori

[1]) Sul libro cfr. RAEDER, *Nordisk Tidsskrift for Filologi*, XX, fasc. 1-2; [SCHUBART, *Liter. ZBl.*, 1911, 855 sgg.; PARTSCH, *Dische Lit.-Zeit.*, 1911, 2345 sgg.]. - Molti punti di contatto presenta lo studio sul *Frumentum*, in PAULY-WISSOWA, *Real-Enc.*, VII, 126 sgg. Lo scritto contiene, oltre le notizie più interessanti sull'ordinamento giuridico delle coltivazioni frumentarie nelle province, anche notevolissime osservazioni sulle imposte in natura, sui trasporti del frumento dalle località periferiche ai capiluoghi delle province e da queste alla capitale, sulle frumentationes ecc.

liberi in coloni legati alla gleba ed ha riprodotto il feudalesimo orientale dell'età preellenistica; ma è soltanto quello di rilevare un elemento, e per avventura il meno studiato, fra i tanti che hanno contribuito alla evoluzione. Precisamente il R. ha tentata l'ardua impresa di dimostrare come tutto il movimento legislativo ellenistico e romano, determinato dalla tendenza all'abolizione del latifondo e della servitù della gleba, abbia avuto invece l'effetto di asservire i coloni allo stato proprietario e di preparare il momento in cui lo stato stesso avrebbe dovuto chieder soccorso ai latifondisti e sviluppare in loro favore e in danno dei γεωργοί le norme già stabilite nei rapporti fra questi e il governo. Alla dimostrazione di questa verità fondamentale è destinata una ricerca luminosa e paziente, condotta per l'Egitto sulla base principale dei papiri di età tolemaica e romana (cap. I-II), per la Sicilia e l'Asia Minore sulle scarse testimonianze delle iscrizioni e degli scrittori (cap. III), per l'Africa romana su una analisi nuovissima e penetrante delle recenti fonti epigrafiche, soprattutto della lex Manciana, della lex Hadriana, delle leggi minerarie di Vipasca (cap. IV). Limitandomi a una rapidissima rassegna dei primi capitoli, cercherò di far presenti anche le linee generalissime della evoluzione agraria dell'impero, come sono vigorosamente segnate nelle ultime pagine del preziosissimo libro.

La tendenza ellenistica alla abolizione del feudalesimo preesistente si mostra chiarissima nella politica agraria dei Tolemei, tutta diretta a ricacciare in seconda linea i feudi dei sacerdoti e degli alti dignitarii egiziani. Permane - è vero - la distinzione fra la γῆ βασιλική da una parte, dall'altra la γῆ ἱερά, la κληρουχική, la ἰδιόκτητος, la γῆ ἐν δωρεᾷ; ma la stessa denominazione di γῆ ἐν ἀφέσει (terra di eccezione), data a tutte queste categorie, mostra con quale fermezza abbiano i Tolemei posto il principio del loro diritto di proprietà su tutta la terra egiziana. D'altronde, solo le terre ἐν δωρεᾷ (compresa fra queste la terra donata agli dèi, ἀνιερωμένη o δωρεαία) si avvicinano agli antichi feudi; ma il nuovo governo le grava spesso di imposta, o almeno le tiene soggette a una sorveglianza accurata, e in tutti i casi le considera come concesse precariamente. Anche nei rapporti del piccolo possesso fondiario i Lagidi hanno tenuto rigorosamente distinte le case e le terre di giardino (οἰκόπεδα, ἀμπελῶνες, φοινικῶνες, παράδεισοι) dalla terra da semina (σπορίμος, σιτοφόρος): mentre delle prime è rico-

nosciuto un vero e proprio possesso, che in caso di confisca è riconcesso a privati mediante una vendita (ὠνή) e che si tende a favorire mediante una enfiteusi (καταφύτευσις) delle terre incolte, non si parla mai di ὠνή, anzi sempre di μίσθωσις per la seconda; ed anche la μίσθωσις ereditaria (εἰς πατρικά) è considerata come concessione ben più precaria di quella riservata alle terre di giardino, la quale sola dà luogo a una signoria, a un κτῆμα. Il marchio della precarietà portano anche le concessioni di terre incolte e di minor valore, quantunque siano favorite in quanto provvedono a un vitale interesse dello stato: la μίσθωσις ἐξ ἀξίας, che in questa ipotesi è praticata, garantisce una κουφοτέλεια (= alleviamento d'imposte) di dieci anni, ma è revocabile dopo un certo tempo e ad ogni maggiore offerta da parte di altri. Allo stesso scopo dell'allargamento delle zone coltivate serve anche la concessione ai soldati della γῆ κληρουχική: anche qui il possesso va via via trasformandosi da personale in ereditario, ma il diritto del cleruco non diventa mai più forte di quello che deriva dalla analogia con le normali concessioni di ἀμπελῶνες, se si tratti di terre da giardino, o con le μισθώσεις σιτικαί, se si tratti di terre da semina. Queste varie forme di possesso fondiario privato costituiscono per lo stato il mezzo più adatto ad avere, soprattutto attraverso l'appalto delle imposte, il sostegno finanziario di una classe ricca ed operosa, la quale possa offrire mediante il possesso fondiario la garanzia della stabilità e del mantenimento dei suoi impegni. Ma la maggior parte del suolo egiziano è costituita dalla terra regia (γῆ βασιλική). Gli affittuarii di questa appartengono alle più diverse posizioni sociali: sono ora grandi affittuarii di vasti terreni dati in subaffitto a minori coloni, ora piccoli fittavoli; ma sono tutti uniti, oltre che nel nome di βασιλικοὶ γεωργοί o λαοί, anche nel rapporto quasi corporativo che li lega insieme e nello speciale assoggettamento allo stato locatore. La concessione (διαμίσθωσις) non è un contratto privatistico, ma un atto amministrativo unilaterale, che abbraccia il più delle volte tutti insieme gli abitanti di un villaggio: questi assumono i loro obblighi, oltre che nella stessa διαμίσθωσις, anche mediante una dichiarazione giurata (χειρογραφία) Dalla concessione nasce per lo stato soltanto l'obbligo di fornire, a titolo di mutuo o a titolo di donazione, il grano per la semina: per il βασιλικὸς γεωργός ne nasce invece un assoggettamento oltremodo gravoso L'ἐκφόριον pagato allo stato non è sostan-

zialmente una imposta, ma un raccolto minimo previsto, dopo la trasmissione del quale - rigorosamente controllata dai γενηματοφύλακες e dal comarca - rimane al β. γ. il residuo (ἐπιγένημα); e perchè il raccolto previsto non venga meno gli affittuarii sono sorvegliati in tutto lo svolgimento della vita agricola. Lo stato tiene responsabile verso di sè il comarca; e questi si rivale sui rappresentanti del gruppo dei coloni, i πρεσβύτεροι o γραμματεῖς. La concessione non ha d'altronde un termine fisso: anzi può essere revocata a libito dell'autorità. La quale aggrava il peso anche con le locazioni forzate, imposte senza contratto (ἄνευ συναλλάξεων) ai βασιλικοὶ γεωργοί di questa o di quella κώμη, che sia per avventura confinante con terre incolte. La posizione dei coloni si avvicina a quella degli ὑποτελεῖς, che lavorano nelle varie industrie monopolizzate dal governo e sono veri e proprii servi, legati al loro mestiere e al luogo dove lo esercitano: comune è in ispecie ad entrambe le classi la speciale giurisdizione amministrativa, che sempre più le raccoglie in una casta autonoma, come strumento dello sfruttamento del suolo a scopo fiscale. I β. γ. non sono, come gli ὑποτελεῖς, asserviti: ma la servitù era certo la loro condizione nell'epoca pretolemaica, e ne restano visibilissime tracce, oltre che nello speciale tipo di sudditanza costituito dalle norme già viste, anche nella dottrina della *origo* (ἰδία); la quale, pur senza porre esplicitamente la esigenza che il colono resti nel luogo di origine, fa tuttavia considerare questo fatto come normale e desiderabile, e pone sulla stessa linea lo sciopero e la emigrazione (ἀναχώρησις).

Le leggi speciali che regolavano questa materia (νόμοι τελωνικοί) si ritrovano anche negli altri paesi ellenistici, massime nella legislazione siciliana di Gerone e in quella dei Seleucidi. Solo nell' ultimo secolo av. Cr. i semi-monarchi, che Roma di giorno in giorno produce e rinnova, si vengono costituendo, nelle province e negli stati ellenistici, enormi possedimenti feudali, costituenti la base fondamentale della loro potenza militare Le guerre civili trasportano i feudi dall' uno all'altro signore, e l'avvento di Augusto non fa che sostituire ai pretendenti emuli gli amici suoi: ma il rafforzamento della dinastia e il pericolo sempre imminente che queste varie signorie le contrappongono dà luogo alla progressiva abolizione dei feudi e alla confisca a favore del patrimonio privato del principe. La confisca si compie con Nerone, e la ulteriore determinazione dei Flavii, di fondere

questi *patrimonia* col suolo pubblico, pur mantenendo *rationes* separate, dà il colpo di grazia alle signorie feudali. Tale è, in Egitto e altrove, la storia delle οὐσίαι e del λόγος οὐσιακός.

Altre innovazioni si compiono in epoca romana per diversa via. Il possesso fondiario si espande largamente, sia in quanto le norme tolemaiche sulle terre da giardini si estendono alla terra da semina sotto la spinta dell' interesse dei coltivatori che non si adatta alle condizioni precarie delle μισθώσεις σιτικαὶ, sia anche per la progressiva subsunzione della γῆ κατοικική e della κληρουχική nella categoria della ἰδιόκτητος I rapporti che così si creano non possono più considerarsi come enfiteutici: l'editto di Tiberio Giulio Alessandro distingue ben nettamente gli ἰδιοκτήμονες gravati di una lieve imposta (τὰ καθήκοντα) dai γεωργοί che pagano l'ἐκφόριον; e appunto per gli ἰδιοκτήμονες si istituiscono con la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων i libri fondiarii privati, ben distinti dalla βιβλιοθήκη δημοσίων λόγων. Per tal modo si continua e si perfeziona la politica dei Tolemei, diretta a porre a disposizione dello stato una classe di proprietarii fondiarii cui si possano imporre, per via di λειτουργίαι, le pubbliche funzioni: la classe si recluta soprattutto fra gli alessandrini e i greci d' Egitto, e ciò spiega come agli alessandrini sia diretto l'editto di Tiberio Giulio Alessandro, regolante principalmente i possessi privati. Ma le pubbliche funzioni e la conseguente responsabilità per la esazione delle imposte non sono i soli sacrifizi che lo stato richiede ai possessori: a loro è imposta anche, secondo i bisogni dei varii tempi e luoghi, la locazione o la enfiteusi delle terre οὐσιακαὶ o δημόσιαι di minor valore, che non possono essere utilmente sfruttate dal lavoro degli οὐσιακοί e dei δημόσιοι γεωργοί. Onde avviene che gli ἰδιοκτήμονες si considerino sempre più come liturgi vincolati alla terra, e che anche ad essi si applichi la dottrina della ἰδία Fino a quando le classi privilegiate furono esenti dalle λειτουργίαι χωρικαί. i vantaggi del possesso fondiario erano ancora abbastanza grandi, perchè esso potesse prosperare e perchè restassero isolati i casi di abbandono (POxy. V 899, CPR. 19); ma nel terzo secolo la crisi economica della χώρα egiziana fu tale, che il governo dovette far gravare sui possessori la responsabilità collettiva per tutte le liturgie e per tutte le imposte, ed è appunto questa la ragione politica ed economica della riorganizzazione dell' Egitto secondo il sistema municipale.

D'altronde, i possessori fondiarii sono anche in epoca romana

la minoranza: la maggioranza degli agricoltori è costituita dai fellahs che lavorano per conto dello Stato, dai lavoratori delle terre pubbliche (γῆ βασιλική e δημοσία, secondo la distinzione osservata nella terminologia ma pure molto incerta nella sua ragion d'essere) e delle οὐσίαι imperiali. Per questi la dottrina della ἰδία, che li lega al villaggio ed alla coltivazione della parcella assegnata, ha un particolare rilievo, e la secessione appare spesso come l'unica via di salvezza: spessissimo (ad es.: PFior. 91, PFay. 296, PLond. III 924) vediamo i δημόσιοι γεωργοί minacciare le autorità di abbandonare la ἰδία; e dall'anno 154 in poi una serie di ordinanze (BGU. II 372, PLond. III 904, BGU. II 484, BGU. I 159, forse anche PGiss. I 40, III [v. sopra, I, 4]) è diretta a richiamare nei villaggi i contadini fuggiaschi, e solo perchè non ancora il preciso obbligo di residenza è fissato le ordinanze si presentano sotto specie di disposizioni emanate a scopo censuario. La soggezione economica e politica dei δημόσιοι γεωργοί si rivela d'altronde per ogni guisa: la dimostra la forma della χειρογραφία, con la quale assumono la obbligazione della restituzione del grano da semina anticipato dall'amministrazione; la dimostrano le numerose e spesso umilianti χωρικαὶ λειτουργίαι; la dimostra più ancora la imposta sul capo (λαογραφία), strettamente connessa alla loro posizione di dediticii (ὁμόλογοι), e la esclusione dalla generale concessione della cittadinanza da parte di Antonino Caracalla.

La condizione economica che si suole indicare col nome di colonato esiste dunque già in Egitto nei primi secoli dell'impero, ai quali appunto il Rostowzew ha limitate le sue ricerche; e le condizioni egiziane corrispondono perfettamente a quelle dell'Asia Minore e dell'Africa romana: l'unica differenza fra questo colonato e quello dell'età bizantina è nel fatto che il colonato si attua sulle terre pubbliche, non sulle private, e che anzi tutta la politica dei romani tende ad escludere quel regime del latifondo, che è presupposto imprescindibile di un colonato privato. Ma dalla crisi economica che si manifesterà, a cominciare dal terzo secolo, sempre più minacciosa, lo stato non potrà difendersi se non appoggiandosi ai proprietarii, e creando di nuovo a proprio vantaggio le condizioni favorevoli alla grande proprietà fondiaria: e a questo scopo sarà necessaria la trasformazione del colonato pubblico in privato, mediante lo sviluppo e la esasperazione della dottrina della *origo*.

13. Per i libri fondiarii greco-egizi e per le opere relative dell'Eger e del Lewald ho rinviato l'anno scorso (Rivista 1909, III, 13) allo scritto riassuntivo e critico del De Ruggiero, *Bull.*, XXI, 255 sgg. Riparo ora a una involontaria omissione ricordando lo scritto di Wenger, *Krit. VJSchr. f. GesG. u. Rs Wiss*, XLVIII, 1909, 484 sgg., contenente, nella forma modesta di una recensione al libro dell' Eger, una lucida e brillante esposizione dello stato attuale delle ricerche papirologiche sull' interessantissimo argomento [1]).

Ma ora le questioni fondamentali intorno alla βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων sono state rimesse sul tappeto dalle osservazioni che all' istituzione ha dedicato il Preisigke, *Girowesen*, 282 sgg. e *passim*. Il P. ha negato quello che era stato finora il punto di partenza di ogni ricerca, che cioè la βιβλιοθήκη τῶν ἐγκτήσεων fosse un ufficio destinato alla pubblicità della proprietà immobiliare (libri catastali secondo i primi indagatori, libri fondiarii secondo i risultati coincidenti dell' Eger e del Lewald); e ha invece cercato di presentarla come un archivio destinato alla conservazione dei documenti notarili che vengano trasmessi dalle parti. La comune opinione, che le funzioni di archivio si cumulassero con le notarili nelle stesse persone e negli stessi uffici, è combattuta dal Pr., il quale nega ogni valore ufficiale alla conservazione, che pur riconosce, degli originali dei contratti (*Vertragsurschriftenrolle*) presso i notai, e nega auche il valore decisivo che si era riconosciuto, per la determinazione della struttura e delle funzioni della βιβλιοθήκη, all' editto di Mezio Rufo invitante i cittadini alla ἀπογραφή dei diritti reali acquistati o riservati; un punto, questo, in cui la erudita dialettica dell' insigne papirologo di Strasburgo ha veramente minacciato di naufragare.

Le ragioni della nuovissima attitudine del P. di fronte al problema della βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων è data da tre argomenti apparentemente formidabili, da lui opposti alla comune opinione. Di libri fondiarii non può trattarsi, anzitutto perchè le ἀπογραφαί dei privati sono redatte non solo per il possesso fondiario, ma anche per il possesso di bestiame e di schiavi; in secondo luogo, perchè sono allibrati solo i documenti che alla biblioteca vengono liberamente inviati, non ba-

[1]) Sul libro dell' Eger v. anche Erman, *ZBl. f. Rswiss.*, XXIX, fasc. 3; Kohler, *Ztschr. f. vgl. Rswiss.*, XXIV, 333 - sui libri dell' Eger e del Lewald insieme Fliniaux, *Nouv. Rev. Hist.*, 1910, fasc. 3.

dando affatto i βιβλιοφύλακες ad avere un quadro completo della distribuzione della proprietà; in terzo luogo, perchè l'acquisto della proprietà si compie in forza del negozio giuridico trasmissivo, non in forza della iscrizione nei libri fondiarii, onde manca ogni accenno a un principio simile al cosidetto 'Eintragungsprinzip' del diritto tedesco.

Ma neanche queste ragioni hanno trovato fortuna; anzi sono state oppugnate da più parti (PARTSCH, rec. cit., spec. 741 sgg.; ROSTOWZEW, *Kolonat*, 405 sg.; [da ultimo WENGER, *VJSchr. f. Soc - u. Wirtsch-Gesch.*, 1911, 196 sg e MEYER, *ad PHamb.* I, 1]), e specialmente da MITTEIS, *Ueber die privatrechtliche Bedeutung der aegyptischen βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* (in *Ber. üb. die Verh. der kgl. sächs. Ges der Wiss., Phil.-hist. Kl.*, LXII, 249 sgg.). Dai più si riconosce che la βιβλιοθήκη abbia avuto e sempre conservato, accanto alle funzioni di libro fondiario, quelle di archivio (anzi il Rostowzew ammette che proprio come archivio sia sorta): ciò posto, non può fare impressione qualche ἀπογραφή relativa alla proprietà di cose che, come gli schiavi e gli animali, avevano pure altrove i loro registri autonomi. Che poi la βιβλιοθήκη non registri i rapporti di proprietà su *tutti* i fondi del νομός, risulta, secondo il Preisigke, dalla dichiarazione di CPR. I 9, dove una vendita di casa è redatta in forma di chirografo; ma il M. fa osservare che ad una vendita chirografaria si riferisce anche BGU. I 50, dove esplicitamente si accenna al fatto che la proprietà del venditore è inscritta alla βιβλιοθήκη. E, se pure il caso supposto dal P. si verificasse, ciò non direbbe nulla in favore della sua tesi; ma solo indicherebbe che non erano scrupolosamente osservati in pratica gli ordini, ben chiari ed espliciti, dei prefetti e di Mezio Rufo in ispecie. Nella ulteriore argomentazione, il Preisigke conclude dalla mancanza del c. d. 'Eintragungsprinzip' alla mancanza del libro fondiario, con che mostra di identificare affrettatamente il concetto di libro fondiario con la speciale applicazione che ne è fatta attualmente in Germania. — A queste osservazioni critiche, sufficienti ad eliminare la tesi del Preisigke, il Mitteis fa seguire una ipotesi intorno alla portata della iscrizione nella βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων: la iscrizione non è necessaria al passaggio della proprietà fra le parti (c. d. proprietà relativa), anzi ha natura reale e non (come in Germania) obbligatoria il diritto acquistato in seguito al contratto di vendita e alla succes-

siva tradizione; ma di fronte ai terzi la proprietà o il diritto reale è perseguibile soltanto dopo la iscrizione L'esistenza di questo sistema (che corrisponde a quello del codice francese e del nostro) si concilierebbe con molti dati dei documenti: con la vendita e la costituzione di pegno mediante semplice chirografo non inscritto nè suscettibile di iscrizione alla biblioteca (PLips. I 10, PGiss. 19, BGU. 50, forse ora anche POxy. VII 1027); con la clausola di riserva dei diritti precedentemente acquisiti, che alcune παραθέσεις presentano. La domanda del PGiss. 19, dove un acquirente chirografario non iscritto tenta d'impedire che l'acquirente posteriore, debitamente iscritto, compia una ulteriore trasmissione del fondo, deve ritenersi, secondo questa ipotesi, una domanda destinata a soccombere [1]).

14. Fra gli scritti dedicati alla garanzia reale delle obbligazioni rilevo anzitutto la recensione dell'Eger (*ZSS.* XXXI. 456 sgg.) sui libri del Rabel e del De Ruggiero intorno al divieto di alienazione del pegno (cfr. Rivista 1909, III, 14) [2]). Su uno dei punti più interessanti toccati in quelle ricerche, e cioè sulla distinzione fra ὑποθήκη e ὑπάλλαγμα, l'E. giunge a un risultato sostanzialmente nuovo: che cioè l'ὑπάλλαγμα sia - per dirlo con le sue parole - « eine Haftung der hypallagierten Gegenstände neben dem anderen zukünftigen Vermögen des Schuldners für die gewöhnliche πρᾶξις καθάπερ ἐκ δίκης, wobei das Veräusserungsverbot dazu diente, die fraglichen Objekte im Vermögen des Schuldners festzuhalten und so dem Gläubiger der Zugriff auf dieselben zu sichern ». [Una dimostrazione completa l'E. si riservava di dare in un prossimo studio; ma ormai i papirologi possono dichiararsi - mi pare - completamente persuasi dal bel libro di A. B. Schwarz, *Hypothek und Hypallagma. Beitrag zum Pfand- und Vollstreckungsrecht der griechischen Papyri* (Leipzig 1911), dove

[1]) La ipotesi del Mitteis, già in qualche modo accennata nei noti scritti del De Ruggiero, del Lewald e del Wenger, era contemporaneamente e indipendentemente posta dal Partsch, rec. cit., 743, il quale offre anche una critica sottile ed esauriente delle applicazioni che il Preisigke ha tentate per la sua tesi, in ispecie per quanto riguarda la ἀναγραφή e la καταγραφή. [Ora il Preisigke, *Griech. Urk. der äg. Mus. zu Kairo*, pag. 33, n. 1, si riserva di ritornare sull'argomento per la difesa della sua dottrina].

[2]) Sul libro di Rabel v. anche le recensioni di Wenger, *Berl. phil. Woch.-Schr.*, 1910, 82 sgg.; Anon., *Journ. of hell. Studies*, 1910, 180; [Viereck, *Woch. Schr. f. kl. Philol.*, 1911, n. 10].

è sostenuta, indipendentemente e con la massima documentazione, la stessa tesi. Ma per il libro dello Schwarz debbo a malincuore rimandare, anche per necessità di spazio, alla Rivista per il 1911] [1]).

Se dunque il punto di vista unificativo sostenuto riguardo alle forme di garanzia greco-egiziane dal Manigk nel suo ' Gräko-ägypt. PfandR. ' (ZSS. XXX, 272 sgg.) non pare fortunato (v. già quanto obiettavo nella Rivista 1909, III, 14), ben più lieta accoglienza merita invece l'ultimo volume dello stesso MANIGK, *Gläubigerbefriedigung durch Nutzung. Ein Institut der antiken Rechte* (Berlin 1910), e l'elegantissimo studio *Antichretische Grundstückshaftung im gräko-ägyptischen Recht* (in *Festgabe für Dr. K. Güterbock*, Berlin 1910, 281 sgg.) Il risultato a cui il M. tende, e che può dirsi completamente raggiunto, è la separazione del concetto dell' anticresi (o del soddisfacimento del creditore mediante il godimento di qualche cosa, come egli ben traduce) da quello del diritto di pegno. La subsunzione dell' anticresi nel pegno è tradizionale, e risale anche più indietro della celebre definizione di Cuiacio (« ἀντίχρησις est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur pignore creditor utatur fruatur in vicem usurarum »); ma, mentre trova un fondamento in D. 13, 7, 33, dimentica altri luoghi dei Digesti (in ispecie D. 20, 1, 11, 1) e si rivela del tutto inconsistente nell' applicazione che gli studiosi ne fanno a cerchie più vaste di rapporti, ai papiri specialmente. Questi mostrano anzitutto come la voce ἀντίχρησις non si presti, per sè stessa, alla voluta restrizione; la proposizione ἀντί designa anzi nel linguaggio ellenistico ogni surrogazione al pagamento. Nella pratica greco-egizia l'anticresi ha scopi svaiatissimi: può essere convenuta come surrogato degli interessi o come surrogato insieme dei interessi e della restituzione del capitale; può decorrere dal momento della perfezione del contratto obbligatorio o - con fine diverso - dal momento della mora. L' anticresi puramente usuraria si presenta come clausola accessoria di un contratto di mutuo in BGU. I 101 e POxy. II 339 (*descr.*); appare invece nella forma di un contratto di locazione in PLond. III p. 136; produce finalmente in BGU. IV 1115 una contaminazione del formulario della locazione con quello del mutuo, dato in

[1]) Non ho potuto avere sott' occhio il libro del CRESSATY, *Les placements hypothécaires en Egypte*, Paris, 1910, ignoto del resto - a quanto vedo - anche ai più recenti studiosi del diritto di pegno.

ispecie l'obbligo del creditore-conduttore di pagare un supplemento di mercede. A questa anticresi fondiaria è molto affine la παραμονή, vera e propria anticresi di persona, destinata anch' essa, di solito, alla sostituzione degl' interessi; ma fa eccezione BGU. IV 1126, e da questo documento può ricavarsi per analogia che anche l' anticresi di cosa poteva servire all' ammortizzazione del capitale. Anticresi moratorie sono invece quelle di BGU. I 339 e PTebt. II 390, e la trasformazione in moratorie è prevista anche per le già viste anticresi di PLond. III p. 136 e di BGU. IV 1115; l' effetto è sempre di dare al creditore la scelta fra il godimento della cosa fino ad avvenuto pagamento e l'attuazione del procedimento esecutivo in base alla πράξις καθάπερ ἐκ δίκης. Notevolissimo è che in nessuno dei casi veduti si parla di un diritto di pegno. Altra volta avviene che l' anticresi usuraria concorra con il pegno: così in PLips. I 10 (ὑπάλλαγμα) e forse in PGrenf. II 69 (ὑποθήκη); e ciò non esclude, ma anzi conferma la conclusione, che già lucidamente si trae dalle formule dell'anticresi moratoria, del difetto nel creditore anticretico della facoltà di soddisfarsi sulla cosa (o sul valore della cosa) come un creditore pignoratizio.

I varii tipi di anticresi, che i papiri presentano, si ritrovano nel diritto ellenico, nei libri di diritto siro-romani, nel diritto assiro-babilonese; ed anche - quel che più importa - nel diritto dei giuristi romani. Anche il diritto romano conosce infatti l' anticresi senza pegno, e appunto a un caso di questo genere ha riguardo il testo in cui è usata la voce ἀντίχρησις, D. 20, 1, 11, 1. Il passo riguarda l' anticresi puramente usuraria, così nota ai papiri di Egitto, e non è a questo riguardo il solo: anche le cc. 4. 26. 6, 4. 32. 14, 17 h. t riguardano lo stesso tipo di anticresi, completamente spoglio di ogni elemento pignoratizio. Accanto a questa forma troviamo l' anticresi per gli interessi e per il capitale (D 36, 4, 5, 21; 20, 5, 12, 1) e l' anticresi moratoria (D. 20, 1, 1, 3; 13, 7, 7), congiunte però col pegno; ed anche, pur congiunta col pegno, l' anticresi di pura ammortizzazione di credito non fruttifero (c. 1, 2, 3, 12 C. 4, 24), non ancora documentata per il mondo ellenistico.

D' altronde, la struttura romana del diritto di pegno e le sue disposizioni legali sui frutti della cosa pignorata offrono allo studio del soddisfacimento del creditore mediante godimento un ben più

vasto campo: il pegno manuale, che, come sempre meglio vien dimostrato dall'indagine storico-esegetica (v. il libro di Fehr, *Beitr. zur Lehre vom röm. PfR.*, Upsala 1910), resta in ogni epoca il fulcro di tutto il sistema pignoratizio dei giuristi romani, lascia al creditore i frutti della cosa, ed è quindi in sostanza un pegno di godimento (*Nutzungspfand*). Ma non è questo il luogo per l'esame delle complesse questioni romanistiche signorilmente poste e discusse dal Manigk; basterà ai fini di questa *Rivista* l'aver fatto cenno del contributo papirologico offerto dalla nuova e bella fatica dell'insigne studioso del diritto di pegno.

Il citato studio sulla 'antichretische Grundstückshaftung' parte anch'esso dalla citata BGU. I 101, ma per porre una questione diversa e più grave. A differenza di tutti gli altri mutui con patto anticretico, quello citato non contiene l'affermazione dell'obbligo del mutuatario di restituire, nè la comminazione della consueta esecuzione personale; si dice solo che il mutuante si terrà nel godimento del fondo fino ad avvenuto pagamento, e si fa anzi divieto al debitore di pagare prima che il creditore abbia fatta la raccolta. Tutto l'insieme, e in ispecie l'ultima clausola citata, sembra coerente a un ordine d'idee, per cui il gravame sulla cosa sottentri alla obbligazione personale e la annulli. Ora, quest'ordine d'idee - che è, come è noto, quello che determina la struttura del diritto di credito presso molti popoli primitivi - sembra ben lontano dal progredito diritto greco-egizio. I nostri documenti pongono sempre nel più chiaro risalto la permanenza dell'obbligo del debitore di prestare accanto all'obbligo quasi sempre sancito di sottostare al procedimento esecutivo, e conoscono anche il caso di una pura obbligazione personale senza il gravame della πρᾶξις; nella materia poi che più si avvicina alla nostra, il diritto di pegno, sembra probabilissima la concorrenza elettiva dell'azione reale ipotecaria con l'azione esecutiva personale e con l'obbligazione di compiere la prestazione convenuta. Nello stesso senso si può anche addurre - io direi - la nota prevalenza della ἐγγύη εἰς ἔκτισιν, sorta proprio come contrapposto al concetto primitivo della garanzia. In questo sistema armonico, la 'reine Sachhaftung' di BGU. I 101 introduce un elemento contradittorio degno di nota.

15. Alla garanzia e al soddisfacimento dell'obbligazione si riferiscono anche gli studii del LEWALD, *Zur Personalexekution im Rechte der Papiri* (Leipzig 1910) [recensione concorde: PARTSCH, *Berl. philol. WochSchr.*, 1911, 678 sgg.]. L'indagine è diretta specialmente a determinare se possano rintracciarsi nei nostri documenti quegli obaerarii, che Varrone (de r. r. I, 17, 2) dice essere 'in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures'. Il L. ricerca anzitutto se possano gli obaerarii ritrovarsi in BGU. IV 1126: 1 che gli dà occasione di occuparsi della παραμονή, cioè della prestazione di servizi a scopo di soddisfaciment parziale o totale di debito di danaro; della παραμονή può essere oggetto così il debitore come un sottoposto alla sua potestà, e appunto una παραμονή deve in buona sostanza riconoscersi anche nel papiro citato, come nel n. 1124 della sua collezione, dove una convenzione, che si presenta come contratto fra il maestro e il padre dell'apprendista a scopo di insegnamento dell'arte del chiodaiuolo, appare invece strettamente dipendente da un mutuo del maestro alla controparte[1]). Fra la condizione a cui la debitrice si sottopone in BGU. 1126 e quella

[1]) Cfr. già Rivista 1909, I, 1 in n. – I documenti citati dal Lewald erano pochi (PER. 138, PFior. 44, PTebt. II 384, BGU. IV 1124, 1126, e male io aggiungevo l'anno scorso BGU. IV 1125); ma si sono accresciuti per le ultime pubblicazioni papirologiche. I documenti più vicini ai nostri sono quelli in cui si parla di παραμονή, cioè BGU. IV 1153, II, e 1154 (v. sopra, I, I) [e da ultimo, a mio avviso, alcuni dei riassunti notarili pubblicati in *Griech. Urk. des äg. Mus. zu Kairo*, n. 31. Il contratto delle ll. 51 sgg., che accenna ad una χρῆσις τόκου δραχ[μιαίου, contiene anche la locuzione τῇ αὐτῇ παραμονῇ; e frasi analoghe a quelle delle linee citate, nonchè a quelle delle BGU. IV, ritrovo nei contratti delle ll. 7 sgg. e delle ll. 61 sgg., e non credo quindi che possano essere – come vuole il Preisigke – semplici contratti di servizio]. Ma l'istituto ha le sue radici nel diritto egiziano puro; e lo dimostrano da ultimo i PRyl. dem. 3–6, contenenti appunto una autovendita o autodazione in altrui potere a scopo di estinzione di debito (cfr. le note di Griffith, pag. 51); e si conserva in vigore, mutato il nome e le forme, fino all'epoca bizantina, alla quale appartiene la ὑποθηκημιαῖα συγγραφή del PCairo Cat. 67039, avente ad oggetto la figlia del debitore (v. sopra, I, 5). – [Ora il BERGER (*Strafklauseln*, 172 sg.) rifiuta per BGU. IV 1126 la costruzione del Lewald, ed afferma invece trattarsi di un semplice contratto di servizio con parziale anticipo della mercede. Ma l'unica ragione da lui addotta, che cioè il lavoro della debitrice estinguerebbe qui il debito, mentre in altri casi di παραμονή il lavoro è prestato solo ἀντὶ τῶν τόκων, non prova un bel nulla: abbiamo visto or ora in quanti modi diversi possa atteggiarsi l'anticresi. Quanto alla tesi positiva del B., basta confrontare la BGU. 1126 con i numerosi contratti di baliatico della stessa collezione, contenenti appunto locazioni d'opera con parziale anticipazione della mercede, per accorgersi della essenziale differenza di formulazione e di costruzione giuridica che passa fra questi e quella].

degli obaerarii vi è dunque qualche punto di contatto; ma la identificazione resta molto dubbia, soprattutto perchè Varrone considera l'istituto a cui accenna come già eliminato dal diritto romano, mentre appare probabile che anche alla fine dell'età repubblicana la estinzione del credito o degli interessi mediante il lavoro degli obbligati potesse essere contrattualmente fissata. Piuttosto tenta il L. di identificare o almeno avvicinare agli obaerarii gli ἀγώγιμοι delle συγχωρήσεις alessandrine. Ma questa parte del suo scritto è dominata dalla opinione, suggerita dalle clausole note quando egli scriveva, di un assoggettamento dell'ἀγώγιμος al potere immediato del creditore; e questa opinione sembra ora, come si è visto (sopra, I, 1), manifestamente contraddetta dalla BGU. IV 1159. La quale, mentre non toglie valore alle belle e sottili osservazioni dell'A. sulla esecuzione personale in genére, ci riporta ancora una volta ben lontani dalla risoluzione del difficile problema suscitato dal testo varroniano. È inutile aggiungere che la negazione del potere privato del creditore sull'ἀγώγιμος è anche negazione di qualsiasi influenza dell'istituto sulla nascita del colonato (sul qual punto era già molto scettico Rostowzew, *Kolonat*, 407).

16. Le forme dei documenti sono oggetto di molteplici studi: ricordo Ferrari, *I documenti greci medioevali di diritto privato dell'Italia meridionale e loro attinenze con quelli bizantini d'Oriente e coi papiri greco-egizii* (= *Byz. Archiv*, IV, Leipzig 1910) e le dense recensioni di Rabel, *ZSS.*, XXXI, 472 sgg. [e di Wenger, *Byz. Ztschr.*, XX, 242 sgg. (cfr. anche Rabel, *Berl. phil. WochSchr.*, 1911, 23 sgg.)]; Freundt, *Wertpapiere im antiken und frühmittelalterlichen Recht*, B. I–II, Leipzig 1910; [e finalmente l'articolo russo del Frese su *I documenti giuridici privati greco-egizii* [1])].

Di questi scritti solo l'ultimo, come si vede, riguarda in prima linea lo studio dei papiri. Esso contiene una esposizione lucida, precisa, laconica, conforme insomma alle buone abitudini dell'A., delle forme dei documenti privati dall'epoca tolemaica alla bizantina; e intende soprattutto a uno scopo di divulgazione. Ma la larghezza dell'informazione e il fine criterio del Frese rendono utilissimo lo scritto

[1]) Di questo studio ho potuto avere, benchè ignorante di russo, notizia precisa, mercè la cortesia dell'A., che ha messo a mia disposizione il manoscritto in una sua redazione tedesca. Di che anche pubblicamente gli rendo vivissime grazie.

anche allo specialista, il quale non può non notare i varii e interessanti rilievi che sorgono a ogni passo dal riavvicinamento delle varie forme. Ad es.: l'osservazione, che non vedo fatta da altri, sulla pratica dei banchieri di notare i contrassegni personali del destinatario del pagamento e non quelli del solvente, è nuovo ed acuto argomento a favore della tesi del Preisigke, il quale ravvisa nella originaria διαγραφή dipendente un contratto fra banca e accipiente, a cui il solvente resta estraneo. Notevolissima è anche la descrizione della συγχώρησις, messa per la prima volta in stretto rapporto con l'ὑπόμνημα. Ma singolarmente riuscirà gradito ai comparatisti il rilievo, fatto dal Frese nella conclusione del suo scritto, della grande affinità fra la diplomatica degli antichi documenti russi e quella dell'Egitto bizantino: una nuova preziosissima dichiarazione, che viene a corroborare e a completare quelle del Rabel e di altri intorno alla uniformità dei formulari notarili europei e alla loro derivazione dalla diplomatica bizantina e, attraverso questa, dallo stile notarile ellenistico.

Per questi suoi dati, il lavoro del Frese - che mi auguro sia presto completato, secondo l'A. stesso mi accenna, con l'analisi dei documenti russi - procede nella stessa direzione segnata dal bel libro del nostro Ferrari; il quale si è appunto proposto di rilevare la connessione profonda fra i papiri greco-bizantini e i documenti bizantini d'Oriente da un lato, dall'altro i documenti dell'Italia meridionale nell'epoca della dominazione bizantina e normanno-sveva. Il punctum saliens della ricerca non è dunque nello studio dei documenti papirologici, i cui dati costituiscono una premessa dello studio condotto sui meno noti documenti italiani; ma la visione del punto d'arrivo illumina di nuova luce anche il punto di partenza. Così appare ora chiara la portata dell'isolato chirografo in forma obiettiva che appare in PLond. II 483: il F. nota che è questo uno dei primi passi verso la trasformazione del chirografo in istrumento pubblico, trasformazione che si compie legalmente con le costituzioni melfiensi di Federico II, dopo le quali il documento è sempre redatto obiettivamente. La corrispondenza fra il chirografo bizantino-egiziano e quello degli altri ambienti illustrati è dimostrata dal confronto attento e sagace istituito a p. 124 sgg.: la invocazione divina nel protocollo, normale nei documenti più tardi, è già talvolta nei papiri (un enorme materiale nuovo è ora fornito dai protocolli di PLond. IV): comune è

l'inizio del testo con la voce ὁμολογῶ o con quelle designanti il contenuto materiale del negozio (πέπρακα, μεμίσθωκα e simili), anzi nei documenti posteriori la formula introduttiva appare depurata degli incongrui residui di forma epistolare che nei papiri la guastano; comuni le formule che designano il contenuto materiale del negozio, o che descrivono la cosa oggetto di alienazione, o che danno quietanza del prezzo, o che enumerano i poteri trasmessi all'acquirente; comuni le clausole di sanzione e di corroborazione. Comune è anche la natura dispositiva del documento: soltanto è molto incerto se fosse nota ai papiri la traditio per cartam, che è secondo la opinione del F. normale nei documenti dell'Italia meridionale; anzi sembra probabile che fin nell'epoca bizantina i contraenti egiziani esprimessero sempre l'atto della tradizione coi verbi καταγράφειν e παραχωφεῖν (mancipare et tradere), pei quali appunto i chirografi di vendita sono processi verbali di vendite reali. Il confronto è perseguito dal F. anche riguardo ad altri tipi di negozi giuridici, ma con risultati scarsi per la scarsità del materiale: e perciò riservatissimamente è emessa la ipotesi, che già nel mondo orientale, come senza dubbio nell'Italia meridionale, gli ἕδνα dello sposo si commisurassero piuttosto al patrimonio di lui che all'apporto dotale della sposa; io credo che non sarebbe ora inutile uno studio del PCairo Cat. 67006 V. (età di Giustiniano) da questo nuovo punto di vista. D'altronde, il riavvicinamento delle diverse serie di documenti è così ben riuscito, che ogni nuovo documento di età bizantina non potrà che completarlo e vivificarlo; e il Wenger ha già notato che molto materiale utile offriranno anche a questo riguardo i papiri bizantini di Monaco, dei quali è imminente la edizione da lui curata.

In una cerchia di indagini ancora più vasta i papiri sono tratti nel recente libro del Freundt; nel quale è in sostanza ripresa in esame tutta la complessa questione della natura e della portata del documento nell'alto medioevo. I due densi volumi tendono a scalzare la dottrina ricevuta del Brunner, negando la contrapposizione di un documento germanico a un documento romano e descrivendo una evoluzione rettilinea che vada dai primi documenti greci fino all'epoca longobarda e franca. I risultati coincidono mirabilmente con quelli ottenuti fra noi dal Brandileone (specialmente in 'Riv. di dir. commerc.', I, 375 sgg.): negazione della traditio per cartam, e riduzione della

usuale trasmissione del documento a preparazione della prova giudiziale; negazione della esistenza dei titoli all'ordine e al portatore, e del concetto, posto dal Brunner come fondamentale e basilare per tutta la costruzione, dei 'Verträge mit Leistung an Dritten'. Non solo ha torto lo Hellwig (Vertr. m. Leist. a. Dr., 12) quando vuol trovare espresso quel concetto fondamentale nelle fonti romane, e specialmente in D. 32, 37, 3; ma ha anche torto il Br. nello attribuirlo alle popolazioni germaniche. Le c. d. clausole germaniche all'ordine hanno il loro precedente nelle formule papirologiche καὶ οἱ παρ' αὐτοῦ, καὶ οἷς ἂν συντάσσῃ e simili, nel 'quibus ea res pertinet' del Digesto e dei documenti latini: non danno cioè all'acquirente del credito un particolare diritto di disposizione, ma servono semplicemente a richiamare il potere di disposizione che gli compete in forza delle norme generali sulla trasmissibilità dei crediti, e non oltre i limiti posti da quelle norme. E anche per le c. d. clausole al portatore i papiri presentano, fin nell'età tolemaica, il parallelo nelle clausole ἡ χεὶρ κυρία παντὶ τῷ ἐπιφέροντι καὶ πανταχοῦ ἐπιφερομένη e simili; le quali servono ancora una volta a riaffermare il valore del documento anche dopo che il diritto di credito sia stato trasmesso ad altri per successione a titolo universale o a titolo particolare. Il diritto di credito non si incorpora nel documento, nè la cessione del credito si attua mediante la tradizione del documento, nè la estinzione mediante la restituzione del documento al debitore: il POxy. II 269, dove la nomina di un mandatario ad exigendum per un credito rivestito della clausola παντὶ τῷ ἐπιφέροντι è fatta senza tradizione della carta, lo prova per i papiri sufficientemente; ed anche è certo che nei papiri il pagamento non dà luogo a restituzione del documento, ma a redazione di un nuovo documento di quietanza. Ciò deve ritenersi anche per il diritto germanico: la nuova dimostrazione che ne dà il F. corrobora quella lucidissima del Brandileone.

17. Sui contratti speciali noto lo scritto del MITTEIS, *Das Receptum nautarum in den Papyrusurkunden* (nei *Ber. über die Verh. der kgl. sächs. Ges. der Wiss., Phil.-hist. Kl.*, LXII, 270 sgg.). Lo scritto è diretto a dare mediante i papiri la controprova della evoluzione già studiata dal Lusignani, 'Studi sulla responsabilità per custodia' I, 22 sgg. Secondo i risultati delle indagini del Lusignani, la responsabilità pretoria

del nocchiero sorge soltanto dalla speciale assunzione di garanzia indicata dalla frase 'salvum fore recipere,' ma per diritto dispositivo la responsabilità si limita al danno arrecato dal nocchiero e dal suo personale: è del diritto giustinianeo la vastissima responsabilità di diritto dispositivo e la sua estensione sino alla vis maior. Ora, i contratti papirologici di trasporto presentano appunto, nel passaggio dall'epoca pregiustinianea alla postgiustinianea, lo stesso capovolgimento: in PGrenf. II 108, PLond. II 256 R (α) p. 99, PLond. II 301 p. 256, PLond. III 948 p. 228, PAmh. 138, una serie di documenti che abbraccia il periodo dal II al IV secolo, si ha sempre la clausola recettizia (παραδώσω σῶον καὶ ἀκακούργητον τῷ ἐμαυτοῦ [ο ἐμῷ] κινδύνῳ); mentre in POxy. I 144 (a. 580) la responsabilità è presupposta, e solo fissata la esclusione della vis maior (δίχα *θεοῦ βίας* καὶ τῶν κατὰ ποταμὸν κινδύνων καὶ ἐπηρειῶν).

18. Noto infine, nel campo del diritto di famiglia, la conclusione dell'articolo del KUEBLER, *Ueber das Ius liberorum der Frauen und die Vormundschaft der Mutter* (*ZSS*, XXXI, 176 sgg.) (per la prima parte v. Rivista 1909, III, 18). Qui meritano di essere ricordate due questioni, acutamente studiate dal K. secondo il metodo della comparazione fra i dati delle fonti papirologiche, epigrafiche e giurisprudenziali. La prima riguarda il significato della espressione *matrona stolata*, già da qualcuno intesa come allusiva al ius liberorum, ma che, essendo applicata anche a donne che quel diritto certamente non ebbero, deve intendersi come un titolo onorifico delle donne maritate appartenenti alle classi superiori. La seconda riguarda il significato della voce ἐπακολουθήτρια, usata dai papiri ad indicare la posizione della madre autorizzata a gerire sotto la sorveglianza del tutore i negozii dei figli impuberi.

19. Al processo civile sono dedicate le geniali ricerche del MITTEIS, *Zur Lehre von den Libellen und der Prozesseinleitung nach den Papyri der früheren Kaiserzeit*, nei citati 'Berichte' di Lipsia, LXII, 61 sgg. - Il M. distingue cinque tipi di domande in seguito a violazioni di diritto privato: 1° domande di tutela in linea di polizia (all'ecatontarca, al decadarca, all'ἐπιστάτης τῶν φυλακιτῶν); per es.: BGU. I 36 (ἀξιῶ ἀχθῆναι αὐτοῦς ἐπί σε *πρὸς τὴν δέουσαν ὑπέξοδον*); 2° do-

mande di inserzione nel καταχωρισμός (es.: PGrenf. II, 61: ὅθεν ἐπιδίδωμι καὶ ἀξιῶ ἐν καταχωρισμῷ γενέσθαι τοῦτο τὸ βιβλίδιον *πρὸς τὸ φανέντος τοῦ Στ. μένειν μοι τὸν λόγον*); 3° citazioni al conventus per il tramite dello stratego (es.: PTebt. II, 434: τῆς βίας αὐτῶν δεομένης τῆς τοῦ κρατίστου ἡγεμόνος δικαιοδοσίας ἀξιοῦμεν δι' ὑπηρέτου μεταδοθῆναι ἑκάστῳ αὐτῶν τὸ ἴσον τοῦδε τοῦ ὑπομνήματος, ὅπως *ἔχοντες* ἔγγραπτον [δια]στολὴν καὶ *παραγγελίαν παραγίνωνται ἐπὶ τὸ ἱερώτατον τοῦ κρατίστου ἡγεμόνος βῆμα πρὸς τὸ τυχεῖν ἡμᾶς τῶν δικαίων*); 4° domande di tutela per opera dello stratego (es: PGen. 6: ἀξιῶ, ἐάν σοι δόξῃ, μεταπέμψασθαι τὸν Π., *ἵνα δυνηθῶ ἐκ τῆς σῆς βοηθείας κομίσασθαι τὸ ἴδιον*); 5° domande al prefetto. Non mancano domande intermedie fra l'uno e l'altro gruppo: domande allo stratego nella forma del gruppo 1°; domande ai minori ufficiali di polizia πρὸς τὸ μένειν τὸν λόγον; in BGU. I 226 una citazione per il conventus fusa con la domanda d'inserzione al καταχωρισμός. Quest'ultima contaminazione aveva tratto altra volta il M. (Hermes, XXX, 567 sgg) a vedere nella inserzione delle domande nel καταχωρισμός una preparazione del conventus; ora, di fronte alle numerose domande appartenenti ai gruppi 2° e 3°, ritiene inammissibile una semplice diversità di formularii diretti al medesimo risultato, tanto più che la frase πρὸς τὸ μένειν τὸν λόγον è ben lontana dall'accenno a una citazione. La più probabile risoluzione della questione è suggerita dal fatto, che, nella più parte dei casi in cui si domanda l'inserzione, una citazione non potrebbe farsi, per incertezza o assenza dell'autore del torto o per ragioni analoghe; e ciò rende probabile la conclusione che la domanda servisse a dar notizia del fatto e a farne prender nota, allo scopo che si facessero ricerche ed anche - probabilmente - per interrompere o sospendere la prescrizione. Per quanto riguarda le domande del gruppo 4°, esse non fanno fede di una giurisdizione nè di una delegazione permanente dello stratego (e nemmeno dell'epistratego, quando questi sia il destinatario): il fatto che molte domande allo stratego hanno la stessa forma di quelle all'ἑκατοντάρχης, il fatto che in alcuni documenti la pronuncia dello stratego appare completamente trascurata dalla parte (BGU I 168), più ancora la dichiarazione che fanno in PPar. 69 lo stratego (τὸ πρᾶγμα χρῄζει τοῦ μείζονος) e in POxy. 260 l'epistratego per rimettere la decisione alla giurisdizione del prefetto, il trattarsi il più delle volte di bagattelle ben diverse dalle controversie gravi destinate al prefetto, tutto ciò mostra chiaro che lo stratego

esercita una mera funzione di ufficiale di polizia e di conciliatore, e che il κελεύει spesso usato a suo riguardo si riferisce solo al suo imperium di magistratus minor [1]).

Alla parte riassunta delle indagini del Mitteis si riconnette lo scritto dello ZUCKER, *Zu den Klagschriften mit Schlussbitte um Registrierung*, in *Philologus*, LXIX, 449 sgg.; dove sono presi in esame i documenti di età tolemaica, lasciati dal M. in disparte. Appunto è tolemaica la iscrizione al καταχωρισμός (PTebt. I 44, 49, 264); ma alla domanda di inserzione (ἵν' ὑπάρχῃ μοι (ο ἵν' ἔχω) ἐν καταχωρισμῷ) diretta al κωμογραμματεύς, è sempre legata la richiesta, che un ἀντίγραφον sia inviato a un magistrato superiore, sia poi questo il tribunale dei crematisti (Wenger) o il tribunale speciale dei coltivatori ὑποτεταγμένοι τῇ διοικήσει. Controversie analoghe a quelle indicate sono anche presentate perchè, inviati gli antigrafi οἷς καθήκει, si proceda senz' altro; ed è molto difficile la determinazione della ragione del diverso trattamento. Poichè almeno nei PTebt. I 49 e 264 la pretesa appare liquida ed esigibile, la domanda di inserzione al καταχωρισμός non può interpretarsi nello stesso senso che per l' epoca romana fu indubitatamente fissato dal Mitteis [2]).

Ma torniamo al Mitteis, e con lui alle domande dirette al prefetto. È qui in prima linea notevole l' ordine emanato dal prefetto Pomponio Faustiano e riprodotto in POxy. II 237 VI, 7: περὶ ἰδιωτικῶν ζητήσεων *ἐπιστολὰς* (ἑαυτῷ) *μὴ γράφειν*: contrapposto di ἐπιστολή è evidentemente ὑπόμνημα, come si rileva dal PStrassb. I 5, dove lo scrivente dichiara: ἐνέτυχον (τῷ ἡγεμόνι) *δι' ὑπομνημάτων* οὐ μόνον, ἀλλὰ [κ]αὶ δι'

[1]) [Anche nel papiro pubblicato da PREISIGKE, *Griech. Urk. des Mus. zu Kairo*, n. 4, si ha una domanda allo stratego, nella quale, dopo la richiesta che il possesso della cosa controversa sia restituito per opera dello stratego stesso alla parte, si soggiunge: Εἰ [δὲ ν]ομίζουσι *δίκαιον* [. . . .] (non si potrebbe con getturare [αὐτοὺς]?) ἔχειν ἐπὶ τῆς γῆς ταύτης, *ἀπαντησάτωσαν* [ἐπ]ὶ *τὸ ἡγ*[ε]*μονικὸν δικαστήριον*. Il documento è anche interessante perchè appartenente all' epoca costantiniana (a. 320 d. C.), per la quale non si aveva finora alcun accenno all' attività dello stratego come arbitro conciliatore].

[2]) Lo Zucker richiama l' attenzione degli studiosi su un altro punto interessante: cioè sul fatto che in due documenti di età romana (BGU. I 46 e II 454) il danneggiato domanda il permesso di rimettersi senz' altro in possesso delle sue cose, pur accompagnando la richiesta nel primo caso con la domanda di inserzione al καταχωρισμός, nel secondo con la domanda di una indagine dell' autorità: dunque, «in der Verfolgung der Delikte niederen Grades ebensowohl amtliche Aktion als amtlich autorisierte Privataktion eintreten kann».

ἐπιστολῆς. La natura della distinzione può ricavarsi da varii passi di Libanio, il quale, ricordando il divieto di rivolgersi al prefetto fuori dell'ufficio (cfr. C. Th. 1, 16, 10; 13 h. t.), dichiara ugualmente condannabile la pratica delle ἐπιστολαί. Le quali debbono quindi distinguersi dagli ὑπομνήματα per la mancanza di carattere ufficiale: la epistola è una lettera inviata o consegnata in qualunque modo al prefetto, mentre l'ipomnema deve - a quanto sembra - essere consegnato al prefetto in una sessione de plano, non deve nè può essere consegnato alla cancelleria. Sul libello consegnatogli il prefetto segna una ὑπογραφή, diversa secondo i diversi casi. Due volte (BGU. III 614; POxy. II 237, V, 37) è detto: Εἴ τι δίκαιον ἔχεις, τούτῳ χρῆσθαι δύνασαι; il che può forse spiegarsi supponendo la mancanza di qualche requisito formale, forse anche interpretando la clausola come un tacito rifiuto di evocazione e conseguente permesso di litis denunciatio privata. Il più delle volte la ὑπογραφή contiene la delegazione a un magistrato inferiore (ἔντυχε τῷ δεῖνι [στρατηγῷ ο ἐπιστρατήγῳ]), la quale è talvolta delegazione piena ed intera, espressa con la semplice formula citata, tal'altra si limita a funzioni commissariali di istruttoria, ed ha allora l'aggiunta: ὃς, ἐάν τι τῆς ἐμῆς διαγνώσεως καταλάβῃ, ἐπ' ἐμῇ ἀναπέμψει. I dati sono incerti per la ulteriore e importantissima questione, se il magistrato delegato puramente e semplicemente possa condurre il giudizio fino alla sentenza: ma BGU. I 19 contiene indubbiamente l'accenno a una sentenza dello epistratego, e in PStrassb. I 41 è il verbale di un procedimento, che va fino alla sentenza, nel tribunale di un magistrato inferiore (stratego?) subdelegato dall'epistratego, e anche in un dialogo scolastico del principio del III secolo (apud Haupt, opusc., II, 512) si accenna a sentenza emanata dal giudice delegato: il PLond. II p. 172, dove visibilmente l'epistratego non ha creduto di poter sentenziare, si spiega forse per certi scrupoli che i delegati avevano e di cui Diocleziano cercava di liberarli in C. 3, 3, 3.

Nell'epoca postdioclezianea, il procedimento della litis denunciatio (παραγγελία) si attua in più documenti, nella forma usuale (proprio nomine) e in quella ex auctoritate (PLips. I 33); ma persistono insieme, almeno nei primi venti anni del secolo IV, gli ὑπομνήματα dell'epoca precedente. Se ciò derivi da che la litis denunciatio sia stata per avventura introdotta troppo poco tempo prima dell'a. 319 (a cui

appartiene la menzione in CTh. 2, 15, 1), o invece dal conservativismo dei legali egiziani, è difficile dire. Ma importanti notizie ci dànno i papiri di quest' epoca sull' inizio del processo e su alcune delle questioni che vi si collegano: il nome dell'azione (intendi il nome processuale [extra ordinem cognitio], non quello materiale) si trova indicato nella παραγγελία di PLips. I 33); non è usata, conformemente alla dottrina più diffusa, la cautio iudicio sisti; e sembra nettamente decisa la questione intorno alla portata del termine di quattro mesi di cui si fa parola nelle fonti a proposito della litis denunciatio. Il termine designa il tempo entro il quale il procedimento deve essere iniziato, con la sanzione del processo contumaciale in caso di assenza del convenuto, della perdita della azione (rimediabile mediante la reparatio temporum) in caso di assenza dell' attore. Il PLips. I 38 ed altri documenti danno anche notizie precise sull' andamento della trattazione della causa, in ispecie sulle cauzioni dei procuratori e sulla editio actionis; a proposito poi della impetratio actionis, sorge da certe espressioni del P. 38 cit. e dal confronto con C. 2, 57, 2 la ipotesi che questa avvenisse sovente, soprattutto quando la delegazione fosse fatta a un magistrato molto inferiore, nel tribunale del prefetto, e che non fosse per tutti i casi vigente il principio che l' impetratio dovesse esser fatta al magistrato delegato [1]).

[1]) Indico qui qualche recensione ad opere precedenti, di cui non mi sia accaduto di far cenno prima:

a) su Frese, Aus dem äg. Rsleben: CARUSI, *Studi stor. per l' ant. class.*, III, 464 sgg.; BOULARD, *Nouv. Rev. Hist*, 1910, 706 sgg.: HELLMANN, *Krit. VJSchr. f. GesGeb. u. Rs. Wiss.*, XII (1909), 501 sgg.;

b) su Engers, De aegypt. κωμῶν administratione: HOHLWEIN, *Bulletin du Musée belge*, XIV, 1910, fasc. 4;

c) su Gelzer, Studien: S. R[EINACH], *Rev. arch.*, XVI, 347; [PARTSCH, *Goett. Gel. Anz.*, 1911, 320 sig.];

d) su Weiss, Pfandrechtl. Untersuchungen, I: KOHLER, *Ztschr. f. vgl. Rs. Wiss.*, XXIV, 240; BIERMANN, *Zentralbl. f. Rechtswiss.*. 1910, fasc. 6; EGER, *ZSS.*, XXXI, 492 sgg.;

e) [su Otto, Priester und Tempel (1908): PLATON, *Rev. générale du droit*, XXXV, 1911, 46 sgg.; ZIEHEN, *Berl. philol. Woch. Schr.*, 1911, 1030 sgg.];

f) su Wilcken, Zum alex. Antisemitismus: STAEHELIN, *Berl. phil. Woch.-Schr.*, 1910, 1449 sgg.

III.

20. Fra le opere dedicate al diritto greco, ricordo in prima linea quella di U. v. WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, *Staat und Gesellschaft der Griechen* (nella raccolta *Die Kultur des Gegenwart,* II, 4, 1), Leipzig, 1909. Un' opera per cui sarebbe vana la lode, impossibile il riassunto: il maestro degli ellenisti moderni vi ha tentata una ricostruzione personale e sintetica di tutta la vita politica delle stirpi elleniche, dalle origini fino all' ultimo crollo dell' ellenismo e all' avvento di Augusto imperatore. Per tutti gli amici della cultura greca ed ellenistica, quest' opera, che pone come punto di partenza per la concezione della vita politica dei greci i Νόμοι di Platone e raccoglie in una meravigliosa sintesi il risultato dell' analisi paziente ed arguta a cui il Wilamowitz ha dato finora tutto di meglio di sè, è un dono regale; ed anche alla modesta opera del papirologo essa offre, nel capitolo su la organizzazione politica e sociale degli stati ellenistici, i dati fondamentali per ogni indagine nel campo più ristretto dei singoli istituti del diritto pubblico e del privato.

21 Un' opera di ben diverso genere, ma pure di altissimo valore, è la *Geschichte des griechischen Vereinswesens* di F. POLAND (Leipzig, 1909). Riparando ora alla dimenticanza commessa l' anno scorso col non annunziarla ai lettori del ' Bullettino ', rinunzio tuttavia a discorrerne qui in quel modo parziale e troppo riassuntivo che la natura di questa Rivista mi imporrebbe: spero di aver presto il modo e la occasione di presentarla meno indegnamente ai nostri studiosi.

22. Agli studii notissimi del Partsch e del Bruck [1]), e in ispecie alla dottrina esposta dal Partsch intorno al trapasso ereditario dei

[1]) Su Partsch (Bürgschaftsrecht I) cfr. le recensioni di DRERUP, [*Liter. Zentralbl.*, LXI, 1910, fasc. 3; [COSTANZI, *Riv. di filol.*, XXXIX, 1911, 321]. - Sugli scritti di Bruck intorno alla donatio mortis causa e al testamento v. ERMAN, *ZBl. f. Rs. Wiss.*, XXIX, 131; HITZIG, *Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht*, LXVII, 334; PARTSCH, *Ztschr. f. freiw. Gerichtsbark. u. Notariat*, X, 778; [WENGER, *Goett. Gel. Anz.*, 1911, 166 sgg.; COSTANZI, *Riv. di filol.*, XXXIX, 461; CAUER, *WochSchr. f. kl. Philol.* 1911, 729 sgg.; GRUPE, *ibid.*, 837]. Cfr. anche GLOTZ, *Rev. Et. grecques*, XXIII, 228 sg., il quale tenta rivendicare a sè stesso la paternità delle idee del

debiti, si riattacca lo scritto del DEMISCH, *Die Schuldenerbfolge im attischen Recht: ein Beitrag zur Entwickelungsgeschichte der Universalsukzession* (Diss.), Borna-Leipzig, 1910: [cfr. le recensioni di CAUER, *WochSchr. f. kl. Philol*, 1911, n. 26; THALHEIM, *Berl. philol. WochSchr*, 1911, 113²]. Mentre il Partsch aveva sostenuto che i debiti del defunto gravano, nel diritto greco, sui beni ereditari e non sull'erede come tale, il Demisch tenta di ritornare alla opinione comune, che ritrova nel diritto greco i principii fondamentali del diritto romano, in ispecie la responsabilità ultra vires e la categoria degli heredes sui *et necessarii*. Lo scritto, condotto con finissima esegesi, legittima ampiamente i dubbii dell' autore sulla consistenza della tesi del P.; ma è anche - a mio avviso - lontano dal dare la dimostrazione piena del contrario assunto. Il divieto di rinunzia all' eredità per gli heredes sui è dedotto da una ingegnosa interpretazione della legge di Solone riferita in [Dem.] c. Steph. II, 14; ma, mentre questo famosissimo testo ha consentito e consentirà ancora numerose interpretazioni, destinate tutte a rimanere ipotetiche, il D. non riesce, per quanto sforzo vi dedichi, a liberarsi dello scoglio di Dem. c. Naus. et Xenop. 7, dove a proposito dei figli del de cuius è ammessa la possibilità di ἀποστῆναι τῶν ὄντων (= bonis abstinere). Che poi la rinunzia ereditaria concessa ai collaterali debba necessariamente presupporre una responsabilità ultra vires, è forse conclusione troppo azzardata; nè può vedersi espressa chiaramente la responsabilità ultra vires in Dem. c. Lakr. Molto più impressionanti a favore della tesi del Demisch sono i testi che affermano la trasmissione agli eredi della ἀτιμία gravante sul de cuius; ma non si può ancora escludere la ipotesi del P., che nel passaggio della atimia vede una trasmissione della infamia come tale, e quindi anche del potere di eliminarla col pagamento, non una conseguenza del trapasso del debito verso lo stato.

B, trascurando quella che è l' idea fondamentale del volume e rintracciando qua e là qualche idea generale, che è del resto - dallo Schömann in poi - di dominio comune. Contro la tesi del B. il THALHEIM, antico avversario (cfr. Rivista, 1909, IV, 25), riprende il combattimento in una recensione della *Berl. philol. WochSchr.*, 1910, 369 sgg., e nella nota *Testament, Adoption und Schenkung auf den Todesfall* (*ZSS.*, XXXI, 398 sgg.); ma senza aggiungere - mi pare - osservazioni nuove. Sulla donazione (o deposito? v. la mia Rivista cit., in nota) di Xuthias in Tegea ritorna il BRUCK stesso con una nota di diritto comparato (*Fideicommissum a debitore relictum im altarabischen Zeit*, in *ZSS.*, XXXI, 402 sgg.), la quale non mi pare aggiunga nulla nè pro nè contro la interpretazione già data.

In conclusione, la questione posta dal Partsch non appare ancora matura per una soluzione definitiva: ciò che è del resto implicitamente riconosciuto così dai seguaci della nuova dottrina, come dai sostenitori della opinione dominante, alla quale accedono ora anche il Wenger e il Thalheim (ll. cc.).

IV.

23. Sui rapporti fra diritto romano e papirologia le pagine precedenti discorrono ad ogni passo: nè fra le collezioni esaminate di documenti nuovi, nè fra le opere di cui ho tentato esprimere il contenuto essenziale è - si può dire - alcuna che sia trascurabile per il romanista. Anche ai più *puri* fra i romanisti nostri potrei ricordare ancora una volta, ad esempio, il prezioso contributo che dai PCairo Cat. il Partsch ha saputo trarre per lo studio del processo per rescritti nell'epoca giustinianea, e i risultati fondamentali a cui pervengono le opere del Rostowzew e del Manigk, e gli studii del Mitteis su i libelli e l'inizio del procedimento. Piuttosto cito ora qualche scritto, dove i papiri sono sfruttati per la risoluzione di questioni più strettamente romanistiche: in ispecie Ferrari, *L'obbligazione letterale delle Istituzioni imperiali*, in *Atti del R. Ist. Ven.*, LXIX, 2, 1195 sgg.; Id., *La degenerazione della stipulatio nel diritto intermedio e la clausola «cum stipulatione subnixa»* [ed ora Costa, *Storia del dirirtto privato romano,* Torino 1911] [1].

Postilla. Nelle pagine precedenti, ho esposto il dubbio che la BGU. IV 1179, brevemente descritta e non pubblicata nella edizione berlinese, contenesse, come il n. 1157, una μισθοπρασία e non una vera e propria vendita di nave. Per maggiori delucidazioni mi sono rivolto allo Schubart, il quale mi ha comunicato, con squisita cortesia, la parte leggibile del documento. Le linee meglio conservate contengono, come supponevo, clausole generali che possono indifferentemente

[1]) Ai papiri come termini di confronto ricorrono anche il Checchini, *La divisio inter liberos nei più antichi documenti medioevali italiani* (Padova, 1910); e il Cuq, *Études sur les contrats de la première dynastie babylonienne*, in *Nouv. Rev. Hist.*, XXXIV, 423 sgg. Se ne tiene largo conto anche nello studio demografico del Bang, *Die Herkunft der roemischen Sklaven*, di cui è iniziata la pubblicazione nel *Bull. dell' Ist. arch. germ., Sez. Rom.*, XXV, 1910, 223 sgg.

appartenere all' uno o all' altro tipo di contratto (βεβαίωσις; multa contrattuale [e non, come prima lo S. aveva supposto, prezzo] di 300 dracme; trasmissione all' acquirente dei documenti comprovanti il possesso del trasmittente; clausola ἀζιοῦμεν; data). Ma dalle prime linee, pur malissimo conservate, credo si possa indurre qualcosa di più preciso. Lo Schubart legge:

. . . . . .

τῆς σκάφης ἔτι δὲ καὶ [...
καὶ ἑτέρο(ις) μεταμισθο(ῦν) καὶ [...
τὸ ἥμισυ μέρος καὶ συ...[...

Ora, la μισθοπρασία che prima fu nota, il PLond. III 1164 *h*, ha la clausola (l. 17 sgg): κ(αὶ) ἀπὸ τοῦ νῦν εἰ[ς] τὸν ἀεὶ χρόνον κρατεῖν κ(αὶ) κυριεύειν τὸν Ἅ. | κ(αὶ) τοῦς παρ' αὐτοῦ τοῦ μεμισθωμένου κατὰ μισθοπρασίαν αὐτῷ πλοίου· καὶ διοικεῖν καὶ ἐπιτελεῖν περὶ αὐτοῦ ὡς ἐὰν αἱρῶν[ται] τρ[ό]|πον ἀνεμποδίστως ἔτι δὲ κ(αὶ) *μεταμισθοῦν* κ(αὶ) ναυτολογῖν καὶ ἐκλέγεσθαι τὰ ἐξ αὐτοῦ περ[ι]γεινόμενα πάντα *ἔτι δὲ κ(αὶ) λύειν κ(αὶ) μετα[ρ]υθμ[ί]|ζειν*. Ora, io non oso affermare decisamente che le congiunzioni ἔτι δὲ καὶ precedessero anche nel nostro nuovo documento i verbi λύειν καὶ μεταρρυθμίζειν, nei quali credetti e ancora credo ravvisare la facoltà dell' acquirente di *scomporre e ricomporre la struttura* della nave, riparandola e sostituendo le parti logorate dall' uso: tuttavia la cosa non mi pare improbabile, massime in riguardo al fatto che un simile aggruppamento di particelle non si suol ritrovare nella enumerazione dei poteri acquisiti dal compratore nelle vendite normali. Ma nella formula della l 2, καὶ ἑτέρο(ις) *μεταμισθο(ῦν)*, vedo, oltre la coincidenza col PLond, il preciso richiamo alla costruzione formale come locazione, in dipendenza dalla quale ogni ulteriore concessione sarà sublocazione, e all' uso del verbo μισθόω nella parte perduta del documento, dove si designava l' essenza giuridica ed economica del presente contratto. E ciò importa la certezza che siamo di fronte a una nuova μισθοπρασία - la terza che i papiri ci offrano in un brevissimo giro di anni.

Cagliari, 1° novembre 1911.

VINCENZO ARANGIO-RUIZ.

NECROLOGIE

MAX CONRAT

Con Max Conrat scompare una singolare figura di ricercatore e di polemista dal campo romanistico, e particolarmente da quello degli studi storici del Diritto romano nel medio evo.

Già nella prima sua monografia: *Zum römischen Vereinsrecht* (1873), in cui elaborò gli elementi raccolti nella dissertazione *De natura societatum iuris romani quae vocantur publicae* (1870), si distingue la tendenza prevalente alla critica, che talvolta va a scapito della stessa economia dei suoi lavori.

Con il *Liber iuris florentinus* (1882), egli entrò recisamente nel campo delle ricerche storiche. Basandosi essenzialmente sopra una copia fatta nel secolo XVII dal Gronovius, egli diede alle stampe il testo di quel difficilissimo codice laurenziano, di cui è un facsimile nella *Collezione fiorentina paleografica* (I. 1884, tav. 5); e pubblicò poi anche la prima parte del detto codice laurenziano: *Epitome exactis regibus*, rivolgendosi ora (1884) contro le dottrine sostenute dal Fitting, il quale, sino dal 1876, aveva pubblicato le sue *Iuristische Schriften des früheren Mittelalters*.

Egli ebbe la fortuna di trovare nel Fitting un avversario degno, e forse per serenità, se non per dottrina, superiore a lui.

Nè l'operosità del Conrat rimase senza effetti utili. All'impulso suo, più o meno diretto, è dovuta la pubblicazione della *Glossa pistoiese al Codice giustinianeo* (ed. Luigi Chiappelli, 1885), e quella della *Summa perusina* (ed. Patetta, 1900). Della *Epitome exactis regibus* si giovò quasi subito, e validamente, il Seckel nei suoi *Contributi* alla storia della letteratura romano-canonistica (1889).

Ma egli intanto si preparava ad una ben maggiore impresa. Nella *Geschichte* (1889), è, per la prima volta dopo il Savigny, ritentata l'impresa di raccogliere e discutere le fonti e la ricchissima letteratura della *Storia del Diritto romano nel remoto medio evo.*

Particolarmente notevoli, e degne in questo punto ad essere segnalate, sono le ricerche intorno alle *Exceptiones Petri*, e le loro attinenze con un gruppo di alcuni scritti giuridici, quali il c. d. *Libro di Tubinga*, edito da lui in questo stesso *Bullettino* (1890). Così pure egli dette per primo l'edizione della *Glossa di Colonia alle Istituzioni*, poi condotta più criticamente dal Fitting.

Un gruppo di fonti attirò la sua attenzione precipua: quello che ci dà i testi del Diritto Romano riassunti ed incastrati in raccolte canonistiche. A questo gruppo appartiene il *Pandekten und Istitutionen-auszug der Brittischen. Dekretalensammlung* (1887), e la *Lex Romana canonice compta* (1909), che interessa singolarmente l'Italia. — Un altro gruppo notevole è quello che riguarda la fortuna del Diritto Romano nel v e nel vi secolo. Fondamentali le sue ricerche sul Breviario di Alarico, sulla *Interpretatio*, la formazione del *Liber Gaii*, ed il Paolo Visigoto (*Der Westgothische Paulus*, 1907). — Con mossa nobilissima, e degna d'essere additata come esempio, egli inserì nella raccolta dedicata al suo grande avversario Fitting, nel 1907, una memoria densa d'erudizione e penetrante, in cui sono coordinati e riassunti i principali risultati delle sue annose ricerche sulla fortuna del Diritto romano in Occidente durante il iv ed il v secolo dopo Cristo (*Mélanges Fitting*, I. 287). Per accennare un solo punto che interessa direttamente i romanisti, qui per la prima volta è tentata un'interpretazione piena della c. d. Legge delle citazioni dell'anno 426, che finora aveva resistito ad ogni spiegazione soddisfacente.

La maggiore sua opera: la *Storia delle fonti e della letteratura del Diritto romano nel remoto medio evo*, si è arrestata al primo volume; forse più per un errore iniziale di economia dell'opera, che per mancanza di energia. Mente critica più che comprensiva, egli mancava delle doti eminenti dello storico: di quell'agilità di forma, del calore sano e della perspicacia somma, per cui eccelle il grande suo modello: il Savigny. Purtuttavia, di lui rimane traccia duratura. È in buona parte merito suo, se i fondamentali problemi della fortuna del Diritto romano nel medio evo, sono stati risollevati di nuovo,

e se ormai si distinguono nettamente le vicende che esso attraversò in terra visigota e franca, da quelle che ebbe in Italia. All' Italia rimase il còmpito eccelso di serbare le tradizioni più pure del Diritto romano: quelle della Legislazione giustinianea. Ma precisamente in questa parte il Conrat lavorò con minor fortuna, e con esito negativo: per cui questo è il campo in cui la scienza italiana sembra chiamata a completarne l'opera, e forse a riprendere, su altre basi, la ricerca.

Prof. Lodovico Zdekauer.

BIBLIOGRAFIA

DELL'ANTICO DIRITTO GRECO E ROMANO

I. — Libri.

Abbamondi A. La politica in Aristotele e Machiavelli. Osservazioni critiche — Rossano, tip. della *Nuova Rossano* '11, p. 10.

Abbot F. F. The Common People of Ancient Rome — New York Scribner '12, p. xi-290, D. 1.50.

Aden K. L. Die Entwicklung der Spezifikationlehre bis zum BGB. (Diss. Heidelberg) — Darmstadt Hohmann '10, p. 54.

Adler K. Ueb. Zwecke u. Wirkungen der Gesamtschuld — in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allg. BBG. etc., Wien Manz '11, II Teil p. 881-897.

Aegyptische Urkunden aus den königl. Museen zu Berlin hrsg. von der Generalverwaltung. Griechische Urkunden, IV Bd. 11 Heft — Berlin Weidmann '11, Bl. 321-352 in Autogr., 4°, M. 2.40.

Albertario E. Contributi alla critica del Digesto (I Note ai testi aventi la costruzione *sin autem*. II Parole proprie dei compilatori) — Pavia Fusi '11, p. 53.

Id. L' actio quasi institoria. Contrib. alla storia della rappres. nel d. r. — ivi '12, p. 35.

Andersen J. Z. C. *vedi* Studia Pontica.

Appleton Ch. Les pouvoirs etc. *vedi qui* pag. 317 — Paris Larose et Tenin '11, p. 30, fr. 1.50.

Aramäische Papyrus u. Ostraka aus... Elephantine bearb. von E. Sachau — Leipzig Hinrichs '11, p. xxx-250, 4° (75 Lichtdrucktafeln), M. 90.

Aristotle's Constitution of Athens. A revised text with Introd., crit. and explan. notes, etc., by Sir J. E. Sandys[2] — London Macmillan '12, p. xcii-331, s. 12 6.

ARNÒ C. Textura (extr. *Mélanges P. F. Girard*) — Paris Rousseau '12, p. 8.

ARRIGHI G. La storia del feminismo — Firenze Razzolini '11, p. VIII-576, L. 4.

BAGOTIC D. L. *vedi* IUSTINIANI INSTITUTIONES.

BARTH P. Die Gesch. der Erziehung in soziolog. u. geschichtl. Beleuchtung — Leipzig Reisland '11, p. VIII-620, M. 9.

BASCOUL J. M. F. Ἡ ἅγνα Σαπφώ. La chaste Sapho de Lesbos et le mouvement féministe à Athènes au IVe siècle avant J.-C. — Paris Welter '11, p. 87, fr. 3.

Βασης Σ., Οἱ Πανδέκται καὶ τὰ βασιλικά — Ἐν Ἀθήναις Σακελλάριος '10, p. 16.

BAVIERA G. Concetto e limiti dell' influenza del Cristianesimo sul d. r. (extr. *Mélanges P. F. Girard*) — Paris Rousseau '12, p. 55.

BELOCH J. *Zinsfuss, Gesch. des Zinsfusses im Altertum* in HANDWÖRTERBUCH DER STAATSWISSENSCHAFTEN hrsg. von J. CONRAD... 3 Aufl., VIII Bd. p. 1017-23 — Jena Fischer '11.

ID. Griechische Geschichte [2]. I Bd. Die Zeit vor den Perserkriegen. 1 Abt. — Strassburg Trübner '12, p. XII-446, M. 8 50.

BERGER A. Zur Entwicklungsgesch. der Teilungsklagen im klass. röm. R. — Weimar Böhlau '12, p. X-248, M. 6.

BESELER G. Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen. 2 Heft [1 H. *qui* a. XXII pag. 269]* — Tübingen Mohr '11, p. III-181, M. 6

BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA diretta da V. PARETO. Fascicoli 101-104. Vol. III: MARQUARDT J. Monete, misure e commercio del denaro, p. 481-528. Vol. V: HUMBERT G. Saggio sulle finanze e sulla contabilità pubbl. presso i Romani, p. 145-192. Vol. VI: MAYR R. Manuale di storia del commercio considerata dal punto di vista

* Einzelne Stellen. Abalienare. Adulterare. Amare (adv.). Ambigere. Benevolentia. Benignitas. Citra. Cogere ad aliquid. Colligere (concludere). Condicionalis, condicionaliter. Condicticius. Consonans, consonare. Constituere actionem (iudicium). Consulere (prospicere). Culpae (doli) reus. Cur. Dare (permittere, concedere). Decurrere ad aliquid. Descendere. Dissonare, dissonus. Hodie (heutzutage). Huiuscemodi. Indemnis, indemnitas. Necesse habere. Remedium. Rite. Haplologie. Rei vind. u. actio ad exhib. Legitimatio passiva. Pronuntiation u. Judicat. In iure cessio. Besitz u. Ersitzung. Alienatio iud. mutandi causa facta. Actio pr. verbis. Edictum de eo quod certo loco. Nachträge. Verzeichnis der Quellenstellen

della storia economico-sociale, p. 97-192 — Milano Società editr.-libraria '11, L. 1 il fasc.

Billia M. Un economista greco del secolo vi — Firenze Rizzi '11, p. 10.

Bisocchi C. *Senatoconsulto* in Enciclopedia Giurid. Ital. Fascicoli 551 e 561. Vol. XV parte II, p. 342-351, 4° — Milano Società editr. libr. s. a. ['11 e 12], L. 2 il fasc.

Boissière G. L'accusation publique et les délateurs chez les Romains — Niort Clouzot '11, p. xxviii-iv-376, fr. 8.

Bonfante P. Teoria della proprietà. Diritto di famiglia. Lezioni pubblic. a cura di A. Mangiarotti e E. Marazzi. Ateneo Pavese '10-11 — Pavia Marelli '11, p. 1-294 e 1-123.

Id. Istit. di d. r.[5] — Milano Vallardi s. a. ['12], p. xxi-627, 16°, L. 10.

Borgna G. Il dir. rom. nel momento attuale (Discorso inaug. in Annuario dell'Università di Cagliari 1911-12) — ivi Valdès '12, p. 23.

Botsford G. W. A History of the Ancient World — London Macmillan '11, p. xviii-588, s. 6. 6.

Bozzoni R. Lezioni di storia del dir. rom. Corso libero, Università di Napoli '10-11 — Torre del Greco Pantaleo '11, p. 195, L. 7.

Bredow K. v. Beitrag zur Lehre von der ungerechfert. Bereicherung nach röm. u. heut. R. auf Grund des Tatbestandes der l. 33 Dig. 12, 6 (Diss. Heidelberg) — Borna-Leipzig Noske '11, p. viii-30.

Brillant M. Les secrétaires athéniens (Biblioth. de l'École des hautes études. Sciences histor. et phil. Fasc. 191) — Paris Champion '11, p. xxi-148, fr. 5.

Brugi B. Della proprietà Vol. I — Napoli Marghieri (Torino Unione tip.-editr.) 1911, p. xv-472 (Il Dir. Civ. Italiano... per cura di P. Fiore. Parte IV vol. I), L. 10.

Id. *vedi* Scialoja V.

Buckland W. W. Equity in Roman Law (Lectures) — London Hodder '11, p. 144, s. 5.

Calinesco A. Le retrait lignager dans l'ancien dr. r., comparé à l'anc. dr. fr. (Thèse Paris) — ib. '11, p. 162.

Calogirou G. Die Arrha im Vermogensrecht in Berücks. der

Ostraka u. Papyri — Leipzig Duncker u. Humblot '11, p. XIV-204, M. 5.

CAPACCI E. Cenni storici degli antichi diritti agrari dei cittadini cornetani — Corneto-Tarquinia Scuola tipogr. '11, p. 100.

CATALOGUE GÉN. DES ANTIQUITÉS ÉGYPTIENNES DU MUSÉE DU CAIRE. T. LXIV: MASPERO J. Papyrus grecs d'epoque byzantine, T. IIe fasc. 1er — Le Caire (Paris Leroux) '11, p. 84, 4°, (7 pl.), fr. 40

CEZARD L. Histoire jurid. des persécutions contre les chretiens de Néron à Septime-Sévère (64 à 202) — Paris Larose et Tenin '11, p. XIV-129, fr. 4.

CHAIGNE G L'ambitus et les moœurs électorales des Romains (Thèse Paris) — ib. Larose '11, p. 159.

CHECCHINI A. La divisio inter liberos nei più antichi documenti medioevali italiani — Padova '10.

CHLAMTACZ M. Das Fruchtrecht des redl. Besitzers im österr. BGB. — in FESTSCHRIFT ZUR JAHRHUNDERTLEIER DES ALLG. BGB. etc., Wien Manz '11, II Teil p. 431-452.

COLLINET P. Etudes histor. sur le dr. de Justinien. T. Ier: Le caractère oriental de l'œuvre législ de Justin. et le destinées des instit. class. en Occident — Paris Larose et Tenin '12, p. XXXII-338, fr. 10.

CORPUS IURIS CIVILIS. Vol. I [12]: Institutiones recogn. P. KRUEGER. Digesta recogn. TH. MOMMSEN retractavit P. KRUEGER. —— Berolini apud Weidmannos '11, p. XXII-959, M. 10.

COSTA E. Cicerone giureconsulto. Parte I: Il diritto privato — Bologna Gamberini e Parmeggiani '11, p. 250, 4°, L. 20 (In *Periodici* **MAB**. dal 28 dicembre '07 al 30 maggio '11).

CUMONT F. *vedi* STUDIA PONTICA.

DAHL F. O. Geib, P. F. Girard, O. Gradenwitz, E. Grueber, G. Hartmann, H F. Hitzig, T. E. Holland, E. Hölder, R. v. Jhering, O. v. Karlowa, J. E Kuntze, A. Koeppen, E. Landsberg, B. W. Leist, O. Lenel, R. Leonhard, Ph. Lotmar, L. Mitteis, F. W. Maitland, Herennius Modestinus, E. Nys, F. Regelsberger, G. v. Rümelin, M. v. Rümelin, R Saleilles, S Schlossmann, R. Sohm, P. Vinogradoff, L Wenger, M. Wlassak — in SALMONSENS STORE ILLUSTREREDE KONVERSATIONSLEXIKON Vol XIX Suppl., Kjöbenhavn '11.

DAMEROW E. Das furtum possessionis im röm u. heut. R. (Diss. Erlangen) — '12, p. 93.

DAREMBERG CH. etc. *vedi* DICTIONNAIRE DES ANTIQUITÉS.

DECLAREUIL J. Des comptes etc., *vedi qui* a. XXIII pag. XLV — Paris Larose et Tenin '11, p. 43, fr. 2 50.

DE FRANCISCI P. Vita e studî a Berito tra la fine del v e gli inizî del VI secolo — Roma Salviucci '12, p. 13.

ID. *Pacta* in ENCICLOPEDIA GIURID. ITAL. Fasc. 556, Vol. XIII parte 1, p. 2-14, 4° — Milano Società editr. libr. s. a. ['11], L. 2 il fascicolo

DE MARCHI A. Gli Elleni nelle istituzioni e nel costume, nell'arte e nel pensiero — Milano Vallardi s. a. ('11), p. XV-561, illustr.

DE MATTEIS F. La condiz. giurid. della donna nella legisl. di Giust. Il feminismo giustin. e l'infl. dell'imp Teodora (Tesi Torino) — ivi Bonis Rossi e C. '12, p. 137.

DERNBURG H. System des röm. Rechts. Der *Pandekten* 8 umgearb. Aufl., bearb. von P. SOKOLOWSKI, 2 (Schluss-) Tl. — Berlin Müller '12, XXXIX e 535-1110, M. 11.60.

DE RUGGIERO E. Dizionario epigraf. di antichità romane. Fasc. 111, Vol. III fasc. 21 (... *Hadrianus mensis-Helvetii*...). Fasc. 112, Vol. II fasc. 57 (*Diocletianus*...) — Roma Pasqualucci '11 e '12, L. 1 50 il fascicolo.

DE RUGGIERO R. Introduzione alle scienze giurid. e Istit. di dir. civile. Corso ufficiale, Università di Napoli, '10-11. Vol. I: Introd. e Parte generale. Diritto delle persone. Diritti reali — Napoli Alvano '11, p. 607, L. 14.

DE SANCTIS G. 'Ατθίς Storia della repubbl. aten.[2] — Torino Bocca '12, p. XII-508, L. 12.

DESSAU H. *vedi* EPHEMERIS EPIGRAPHICA.

DICTIONNAIRE DES ANTIQUITÉS GRECQUES ET ROMAINES... CH. DAREMBERG, E. SAGLIO, E. POTTIER, G. LAFAYE. Fasc. 46 (*Tabella-textrinum*...). Vol. V parte 1ª p. 1-168, 4°, († Notice et Discours sur M. E. Saglio p. 8) — Paris Hachette '12, fr. 5.

DIGESTORUM... CODEX FLORENTINUS *vedi* JUSTINIANI AUG. DIGEST.

DIZIONARIO EPIGRAFICO DI ANTICHITÀ ROM. *vedi* DE RUGGIERO E.

DONATI B. Dottrina ecc. *vedi qui* pag. 321 — Modena Formiggini '11, p 77, L. 1.50.

DUCHESNE L. Storia della Chiesa antica. Prima trad. ital. sulla quinta ed. francese. 3 volumi — Milano Società editr. libr. '12, p. 314, 372, 377, ogni vol. L. 8.

DÛHRSSEN R. Die L. 18 § 2 D. 39. 6. Ein Beitrag zur Lehre von der exceptio pacti (Diss. Heidelberg) — ib. Hörning '11, p. 62, M. 2.

EGER O. *vedi* GRIECHISCHE PAPYRI.

EISELE F. Studien zur röm. Rechtsgesch. (I Zum Streit um das Nexum. II Nochmals zur Zivilität der Cognitur) — Tübingen Mohr '12, p. III-106, M. 3.

EISENBERG F. Die lex aurea des Celsus, ein Versuch ihrer Erklärung und als Anhang ein Vergleich mit dem R. des BGB. (Diss. Erlangen) — ib. '11, p. 54.

ENGELMANN H. R. Die Voraussetzungen der missio in bona rei servandae causa. Eine rechts-histor. Studie (Diss. Heidelberg) — Stuttgart Hoffman (Leipzig Engelmann) '11, p. VII-40, M. 1.60.

EPHEMERIS EPIGRAPHICA. Corporis Inscr. Latin. Supplementum... Vol. IX fasc. 3: DESSAU H. Additamenta secunda ad Corporis id. Vol. XIV p. 333-504; ID De tegulis quibusdam in Baetica repertis p. 595-8 — Berolini ap. Reimerum '10.

EPISTULAE PRIVATAE GRAECAE quae in papyris aetatis Lagidarum servantur, ed. S. WITTKOWSKI. Ed. II auctior — Leipzig Teubner '11, p. XXVII-194, 16°, (1 tav.), M. 3.

EPLINIUS B. Das Wegnahmerecht (ius tollendi) nach gelt. deutsch. R. unter Berücks. der histor. Grundlage (Diss. Münster) — Berlin Blanke '11, p. 71.

FABRICIUS E. Ueb. die Entwick. d. röm. Verfassung in republik. Zeit — Freiburg Speyer u. Kaerner '11, p. 19, M. 0 80.

FADDA C. Il possesso. Lezioni. (Università di Napoli. Corso ufficiale di d. r.) Fasc. 1 — Napoli Alvano '11, p. 48...

FEDERSPIEL H. *vedi* MOE V.

FERRERO M. Il Cristianesimo nel dir. civ. rom. Parte I (Tesi Torino) — S. Damiano d'Asti Calosso '11, p. 103.

FERRIMAN Z. D. Home Life. Grece and the Greeks — London Mills and Boon '10, p. 338, with plates, s. 12.

FESTSCHRIFT ZUR JAHRHUNDERTFEIER DES ALLG. etc. *vedi qui* a. XXIII p. XIII KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI *e in questo fasc.*

ADLER, CHLAMTACZ M., KRCMÁR J., LEONHARD R., WENGER L., ZOLL F. SEN.

FISCHL H. Die Frau im röm. Altertum, besonders in der Kaiserzeit (Progr. Kempten) — '11, p. 67.

FOUILLES DE DELPHES (1892-1903)... publiées sous la dir. de M. TH. HOMOLLE — Paris Fontemoing '10, fig. et pl.

FREGNI G. Sul c. 23 dei Fragm. Vatic. (Cod. Iust. 4. 48. 5). Appunti sul modo d'interpretarlo — Modena Ferraguti '11, p. 25, L. 1.

FRESE B. Sui papiri greco-egizi (*Russo*) — '09, '10 (?).

FRIEDENSBURG F. Die Münze in der Kulturgesch. — Berlin Weidmann '09, p. VIII-241, M. 6.

FUMAGALLI C. Il diritto di fraterna nella giurisprud. da Accursio alla codificazione — Torino Bocca '12, p. 178, L. 5 (Op. premiata).

GABBA C. F. Nuove questioni di dir. civile[2]. Vol. I (Errore. Silenzio. Promessa bil. di contratto. Danno e risarc. Azione de in rem verso. Sostituzioni) — Torino Bocca '12, p. 307, L. 8.

GAI INSTIT. *vedi* KNIEP F.

GAYNOR W. J. The Trial of Jesus. From a legal standpoint —'12, D. 2.

GEBHARDT M. Röm. Recht. Ein Hilfsbuch fur Studierende u. Doktoranden[2] — Hannover Helwing '12, p. XVI-459, M. 8.

GERTZ M. C. Grundlaggelsen of Lakedaimoniernes Stat (Fondamento dello Stato Lacedemone) — in FOLKENES HISTORII (Storia univ.), Kjöbenhavn '09.

GIORGI G. Teoria de la obligaciones... Traduc. de la 7. ed. ital. Vol. IV e V — Madrid Reuss '11 e '12, P. 10 il Vol.

ID. *vedi* MAIERINI-GIORGI.

GIORGI T. Il decemvirato legislativo e la costit. serviana — Milano Società editr.-libr. '12, p. 57, L. 1.50.

GIRARD P. Hypéride et le procès de Phryné — Paris Grasset '11, p. 51, fr. 1.

GIRARD P. F. Manuel élément. de dr. rom.[5] — Paris Rousseau '11, p. XVI-1151, fr. 12.50.

ID. Mélanges de dr. rom. I: Hist. des sources* — Paris Larose et Tenin '12, p. 510, fr. 12.

* La loi des XII Tables. Le loi Aebutia. L'Édit prétorien. La littérature. Les inscriptions. L'hist. du droit comparé. Les sources et l'enseignement.

GOMPERZ TH. Griech. Denker. Eine Gesch. der ant. Philosophie. I Bd.[3] — Leipzig Veit '11, p. XII-472, M. 10.

GOTHEIN E. *vedi* qui pag. 325 — Heidelberg Winter 12, p. 25, M. 0.90.

GRADENWITZ O., PREISIGKE F., SPIEGELBERG W. Ein Erbstreit aus dem ptolemäischen Aegypten. Griech. u. demot. Papyri der wissenschaftl. Gesellschaft zu Strassburg — ib. Trübner '12, VII-62 S. mit 4 Lichtdr.-Tafeln, M. 6.

GRÉGOIRE H. *vedi* STUDIA PONTICA.

GRIECHISCHE PAPYRI im Museum des oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen. Im Verein mit O. EGER hrsg. u erklärt von E. KORNEMANN und P. M. MEYER. I Bd. 3 H. von E. KORNEMANN u. P. M. MEYER. Urkunden Nr. 58-126 m. 3 Lichtdrucktafeln u. Indices — Leipzig Teubner '12, p. XIII-168, M. 16.

GRIECH. PAPYRUS der Universitäts- und Landesbibliothek zu Strassburg hrsg. u. erläut. von F. PREISIGKE I Bd. 3 Heft — Leipzig Hinrichs '12, p. 187-252 con tavole ecc., M. 18 (Il I Vol. completo M. 54).

GRÜNDMANN R. Die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnsschuld. In rechtsgesch. Entwicklung (Diss. Breslau) — Leipzig Hoffmann '11, p. 68.

HAYMANN F. Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. 1 Bd. Studien zum klass. röm. R. — Berlin Vahlen '12, p. X-175, M. 4.50.

HAUSSOULLIER B. Requête d'un vétéran — in FLORILEGIUM M. DE VOGÜE '10, p. 283 e segg.

HECKER E. A. A Short History of Women's Rights from the Days of August to the Present Time — New York '11, p. 292, D. 1.50.

HEINBURG C. L. 15 § 5 D. 42, 1 vergl. mit den Grundsätzen unseres heut. Rechts (Diss. Heidelberg) — '12, p. 49.

HERLOV-MÜLLER, WILLIAM A. En kort Oversigt over romersk Statsforfatning og Forwaltning (Esposiz. somm. della costit. e ammin. rom.) — Odense Hempel '10, p 20, K. 0.50.

HOFFMANN G. Die verbrauchbaren Sachen im d. BGB. unter besond. Berücks. der gesch. Entw. (Diss. Breslau) — Borna-Leipzig Noske '10, p. X-124.

HUMBERT G. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

HUSCHKE TH. *vedi* IURISPR. ANTEIUST. RELIQ.

INGSTAD M. Om leie efter romersk ret (Intorno alla locaz. sec. il d. r. = Con una Introd.) — Kristiania og Kjöbenhavn '11, p. 270, K. 6.

ID. Forelaesninger over den romerske Obligationsrets almindelige Del (Lezioni sulla Parte Gener. delle Obblig. in d. r.) — Kristiania '11, p. VI-237.

INHOFFEN W. Die Voraussetzungen des Widerrufes von Schenkungen wegen Undankes nach dem BGB. unter Berücks. des gem. R. (Diss. Greifswald) — Borna-Leipzig Noske '10, p. 102.

INSCRIPTIONES GRAECAE, consilio et auctor. Academiae Litterar. Regiae Borussicae editae. XI, 2 Inscr. Deli, ed. F. DÜRRBACH — Berolini ap. Reimerum '12, p. VII-149 e 4 tav., M. 26.

INSCRIPTIONES GRAECAE AD RES ROMANAS PERTINENTES etc. Tom. Ier fasc. 7^e, *Indices* — Paris, Leroux '11, fr. 5.

INSCRIPTIONS GR. ET LAT. *vedi* STUDIA PONTICA.

IURISPRUDENTIAE ANTEIUSTINIANAE RELIQUIAS in usum maxime acad. compositas a PH. E. HUSCHKE ed. VI aucta et emendata edd. E. SECKEL et B. KUEBLER. Vol. II fasc. 1 — Lipsiae ap. Teubnerum '11, p. III-188, M. 2.20.

IUSTINIANI INSTITUTIONES trad. in lingua serba con testo lat. a fronte per cura di D. L. BAGOTIC — Belgrad '12, p. 319 (estr. da **APDN.** in *Periodici*, Append.).

ID. *vedi* SCHINDLER H.

JAMESON R P. Montesquieu et l'esclavage — Paris Hachette '11, p. 371, fr. 7.50.

JHERING R. v. La voluntad en la posesión etc. Version esp. de A. POSADA — Madrid Reus '11, p. 389, P. 6.

JOUGUET P. *vedi* PAPYRUS DE THÉADELPHIE.

JÜRGENS R Die Rechtswohltat des Notbedarfs (beneficium competentiae). Ihre gesch. Entw. u. Auftreten im BGB. (Diss. Rostock) — Braunschweig Gutenberg '11, p. 58.

JUSTER J. Les Juifs dans l'Empire romain. Leur condition économique, polit. et sociale, 2 volumi — Paris Geuthner '12, fr. 30.

JUSTINIANI AUGUSTI DIGESTORUM SEU PANDECTARUM CODEX FLORENTINUS olim Pisanus. phototypice expressus. A cura della Com-

missione ministeriale per la riprod. delle Pand. Vol. II fasc. 9 e 10 (fine) — Roma Danesi '11.

KALB W. Wegweiser in die röm. Rechtsprache f. Absolventen des humanist. Gymnasiums. Mit. Uebersetzungsbeispielen aus dem Geb. des r. R. — Leipzig Nemnich '12, p. IX-152, M. 4.60.

KALTHOFF H. Die rechtl. Behandlung des Strandgutes im röm. Recht... (Diss. Rostock) — ib. Boldt '10, p. XII-107.

KEIL B. Griech. Staatsaltertümer; in EINLEITUNG IN DIE ALTERTUMSWISS. hrsg. von A. GERCKE u. E. NORDEN III Bd. p. 297-388 — Leipzig Teubner '12.

KELKE W. H. H. A Primer of Roman Law — London Sweet and Maxwell '12, p. VIII-159, 16°, s. 5.

KELLER A. G. Homeric Society. A social. study of the Iliad and Odyssey — New York Longmans '11, p. 8 + 322, 12°, D. 1.20.

KESSLER J. Isocrates u. die panhellenische Idee (*Studien zur Gesch. u. Kultur des Altertums*, IV Bd. 3 H.) — Paderborn Schöningh '11, p. 86, M. 2.60.

KINKEL J. Die sozialökonom. Grundlagen der Staats- und Wirtschaftslehren von Aristoteles — Leipzig Duncker u. Humblot '11, p. XVI-146, M. 4.

KIPP TH. Humanismus u. Rechtswiss. — Berlin Weidmann '12, p. 43, 80 Pf. (cf. pag. 313).

KISS G. Interpretatio etc. *vedi qui* a. XXII p. 305, Cor. 0,40.

KLEIST W. Examinatorium. Röm. RG, Röm. Zivilprozess. In Frage u. Antwort — Berlin Heymann '12, p. VI-124, M. 2.50.

KNIEP F. *Argentaria stipulatio* — in FESTGABE DER JURISTENFAKULTÄT JENA FÜR A. THON, Jena Fischer '11, p. 1-62.

ID. Gai institutionum commentarius primus. Id. comm. secundus §§ 1-96 (Sachenvecht). Text mit Vorwort, Erklärung u. Anhängen — Jena Fischer '11 e '12, p. XVIII-352 e VI-308, M. 8 ciasc.

KOHLER I. u. ZIEBARTH E. Das Stadtrecht von Gortyn u. seine Beziehungen zum gemeingriech. R. — Göttingen Vandenhoeck u. Ruprecht '12, p. VIII-138, M. 5.

KORNEMANN E. *vedi* GRIECH. PAPYRI.

KOSCHAKER P. Babylonisch-assyr. Bürgschaftsrecht. Ein Beitrag

zur Lehre von Schuld u. Haftung — Leipzig Teubner '11, p. XVIII-263, M. 8.

KRCMÁR J. Beiträge zur Gesch. des internat. Privatrechtes — in FESTSCHRIFT ZUR JAHRHUNDERTFEIER DES ALLG. BGB. etc., Wien Manz '11, II Teil p. 133-161.

KRUEGER P. *vedi* CORPUS IURIS CIVILIS.

KUEBLER *vedi* IURISPRUD. ANTEIUST. RELIQ.

KUTTNER G. Ueb. Urteilswirkungen u. Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bes. im röm. R. — in FESTSCHRIFT DER BERLINER JURIST. FAKULTAT F. F. V. MARTITZ) Berlin Liebmann '11, p. 235-276.

LACOMBE P. L'appropriation du sol. Etude sur le passage de la propriété collective à la propriété privée — Paris Colin '12, p. VIII-412, fr. 5.

LASSEN J. Laerebog i Obligationsrettens specielle Del [Trattato sulla parte speciale del d. delle Obblig.] — Kjöbenhavn '11-12.

LEDERMANN F. Die Gesetzesumgehung im röm. u. bürgerl. R. (Diss. Breslau) — Hirschberg *Bote aus dem Riesengebirge* '12, p. 78.

LEHMANN-HAUPT C. F. Der jüdische Kirchenstaat in persischer, griech. u. röm. Zeit. — Tübingen Mohr '11, p. 48, 80 Pf.

LEIDLOFF B. L. 30 § 1 *ad leg. Aquil.* 9, 2. Beurt. des Tatbestandes nach heut. R. (Diss. Erlangen) — Berlin Trenkel '12, p. IX-64, M. 1.20.

LEONHARD R. Die Gesamtschuldner im österr. BGB. — in FESTSCHRIFT ZUR JAHRHUNDERTFEIER DES ALLG. BGB. etc,, Wien Manz '11, II Teil p. 874-9.

LESQUIER J. Les institutions militaires de l'Egypte sous les Lagides — Paris Leroux '11, p. VII-392.

LEUZE O. Zur Gesch. der röm. Censur (Diss. Halle) — ib. Karras '12. p. VII-156.

Λιβαδας M., Περὶ ἀνταγωγῆς (de mutua petitione, de reconventione) κατὰ τὸ Ῥωμαϊκὸν Δίκαιον — Ἐν Ἀθήναις '09.

LIETZMANN *vedi* SCHUBART W.

LIPSIUS J. H. Das attische Recht u. Rechtsverfahren, mit Benützung des Att. Processes von M. H. E. MEIER u. G. F. SCHÖMANN dar-

gestellt, II Bd. 2 Hälfte — Leipzig Reisland '12, p. VIII e 461-785, M. 8.

LODI T. Una quitanza dell'a. 82 d. C. — in OMAGGIO DELLA SOCIETÀ ITAL. PER LA RICERCA DEI PAPIRI GRECI IN EGITTO AL IV CONVEGNO DEI CLASSICISTI .. Firenze Ariani '11.

LOUIS P. Le travail dans le monde romain — Paris Alcan '12, p. 416, fr. 5.

MÁDAY A. DE. Essai d'une nouvelle classif. des systèmes politico-sociaux. Athènes... — Neuchatel Attinger '11, p. 75 (1 tav.).

MAGNUS K. Wie wandeln Miterben? Ein Beitrag zur Lehre von der Wandlung nach röm. u. heut. R. (Diss. Göttingen) — ib. Dieterich '10, p. IV-47.

MAIERINI-GIORGI. Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiud. dei creditori[4] — Firenze '12, p XV-488, L. 9.

Μακρυγιάνης Ε. Σ., Ναυτικὸν δίκαιον καὶ Ἐμπορικὴ ναυτιλία — Ἐν Ἀθήναις '09.

MARCHI A. Storia e concetto della obbligazione romana — Roma Athenaeum '12, p. 159.

MARQUARDT J. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

MARTIN V. Les épistratèges. Contrib. à l'étude des instit. de l'Égypte gréco-romaine — Genève Georg '11, p. XV-201, fr. 10.

MARTON G. A furtum, mint delictum privatum (Il furtum come d. p.) — Debreczen Hegedüs-Sándor '11, p. XIII-366, Cor. 8.

MASPERO J. *vedi* CATALOGUE GÉN. DES ANTIQ. ÉGYPT.

MAXIS E. Die Prätoren Roms von 367-167 v. Chr. (Diss. Breslau) — '11 p. 70.

MAYR R. v. Röm. Rechtsgesch. I Buch, Die Zeit des Volksrechtes; 1 Häfte, Das öffentl. R.; 2 Hälfte, Das Privatrecht — Leipzig Göschen '12, p. 150 e 117, 16°, 80 Pf. ciasc. metà.

MAYR R. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

MEISTER R. *vedi qui* pag. 309 — Leipzig Teubner '11, p. 18 con 1 tav., 80 Pf.

MELTZL V. v. Das Recht als Verpflichtung. Ein rechtshistor. Versuch. Prolegomena zu einer krit. Rechtsphilosophie (*Abhandlungen zur röm. RG.* IX) — Kolozsvár (Klausenburg) Stein '11, p. XII-112, M. 4.

Id. Die Romanistik im Kampfe um Babel u. Bibel. Assyriologische Antikritik eines Römischrechtlehres (Id. XI) — id. p. 16 M. 1.50.

Messa G. C. L'obbligazione degli interessi e le sue fonti — Milano Società editr. libr. '11, p. 790, L. 13.

Mewaldt R. Denegare actionem im röm. Formularprozess. Zur Lehre vom Verfahren in iure u. der Interzession (Diss. Erlangen) — '12, p. 151.

Meyer E. Gesch. des Altertums. III Bd. 1 Hälfte, Das Perserreich u. die Griechen. IV Bd. Dass. 2 Aufl. [Anastat. Neudr. '01] — Stuttgart Cotta '12, p. xvi-691 e xii-666, M. 13 e 12.

Meyer P. M. *vedi* Griechische Papyri.

Michel Ch. Recueil d'inscriptions grecques. Supplément fasc. 1 — Paris Leroux '12, fr. 4.

Mitteis L. I Griech. Prozessverhandlung etwa aus dem 5 Jhd. n. C. II Latein. Emanzipationsurk. aus dem 3 Jhd. n. C. — Leipzig Edelmann '12, p. 26.

Mitteis L. u. Wilcken U. Grundzüge u. Chrestomathie der Papyruskunde 2 Bde in 4 Halbb. I Bd. Histor. Tl. (W.); II Bd. Jurist. Tl. (M.) — Leipzig Teubner '12, p. lxxii-437 e viii-579, p. xviii-298 e vi-430, M. 12 e 14, M. 8 e 12, tutta l'opera M. 40.

Modica M. Il mutuo nei papiri greco-egizi dell'epoca tolemaica — Palermo Stabilimento tipografico *Optimo* '11, p. 58.

Möller R. Auslegung der Lex 25 Digest. 4. 3 u. ihre Verwendbarkeit im heut. R. (Diss. Jena) — Borna-Leipzig Noske '11, p. 52.

Mommsen Th. *vedi* Corpus iuris civilis.

Μομφερρατος Α. Γ., Παυλιανὴ ἀγωγή. Μελέτη τοῦ ἀστικοῦ καὶ ἐμπορικου δικαίου — Ἐν Ἀθήναις '11, p. 180.

Id. Ἐκτελεσταὶ τῶν διαθηκῶν. Μελέτη u. s. — id., p. 75.

Monossohn S. Actio de pauperie im System des röm. Noxalrechtes. Eine rechtsgesch. Studie — Berlin Prager '11, p. 53, M. 1.60.

Moscati G. Studi sulla pena convenz. nel d. r. — Napoli Giannini '12, p. 84.

Müllerheim F. Der Erlass von Todeswegen unter bes. Berücks.

des mandatum post mortem (Diss. Greifswald) — ib. Adler '10, p. 59.

Müser G. Das receptum arbitri und die Haftung des Schiedsrichters. Zugleich ein rechtshist. Rückblick (Diss. Erlangen) — Bochum Stumpf '11, p. VIII-81.

Naber J. C. Zum Text etc., *vedi qui* pag. 309 — Leipzig Teubner '11, p. 6, M. 0.20.

Német A. Az önsegély a római jogban (La giustizia privata in d. r.) — Budapest Lampel '11, p. 204, Cor. 4.

Neumann K. J. Die hellenistischen Staaten u. die röm. Republik; in Weltsgeschichte hrsg. von J. v. Pflugk-Harttung I Bd. — Berlin Ullstein '09.

Id. Röm. Staatsaltertümer; in Einleitung in die Altertumswiss. hrsg. von A. Gercke u. E. Norden, III Bd. p. 389-428 — Leipzig Teubner '12.

Nicastro G. Analisi giurid. dell'oraz. *pro Quinctio* di M. T. Cicerone — Melfi tip. Appulo-Lucana '12, p. 32, L. 1.50.

Id. Introduzione all' analisi giurid. delle oraz. di Cicer. — id., p. 32, L. 1.25.

Id. Id. *pro Caecina* — ivi Liccione, p. 39, L 1.50.

Nicole J. Textes grecs inédits de la collection papyrologique de Genève — ib. Georg '09, 51 p. et 6 pl., fr. 7.

Noailles P. Les collections de Novelles de l'empereur Justinien. Origine et formation sous Justinien. — Paris Larose et Tenin '12, p. XX-267, fr. 10.

Osváth G. Romai jogi dolgazatok (Studî di storia del d. r.) — Budapest Politzer '11, p. 23, K. 0.60.

Ott A. Der antike, der mittelalterliche u. der moderne Staat — in Staatslexikon IV p. 1385-96, '11.

Oxyrhynchus Papyri (The) Part VIII ed. with transl. and notes by A. S. Hunt — London Egypt Explor. Fund '11, p. XIV-314 4°, (7 pl.), s. 25.

Pacchioni G. Le teorie moderne della rappresentanza — in App. a Baudry-Lacantinerie G. Trattato di dir. civ. Contratti aleatori, Milano Vallardi s. a. ('11), p. 755-800.

Id. *vedi* Savigny F. C.

PAPIRI (PAPYRI) *vedi* PUBBLICAZIONI DELLA SOCIETÀ ecc. e W. SCHUBART.

PAPYRUS DE THÉADELPHIE édités par P. JOUGUET — Paris Fontemoing '11, p. XVI-266 e 2 tav., fr. 8.

PARETO V. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

PASERO C. L'accrescim. fra coeredi nel d. r. (Tesi Torino) — ib Baravalle e Falconieri '12, p. 45.

PAULY R. Die L. 58 pr. D. *de solut.* 46 3. Ein Beitrag zur Lehre von der Zahlung an einen Nichtberichtigten nach röm. R., unter besond. Berücks. der L. 23 D. *de negot. gest.* 3, 5, mit einem Ausblick auf das BGB. (Diss. Greifswald) — ib. Abel '11, p. 55.

PAULY-WISSOWA-KROLL. Realencyclopädie der class. Altertumswissenschaft, XIV Halbband (... *Gryps-Helikeia*) (Schluss) Lief. 100-105, col. 1921-2880 — Stuttgart Metzler '11 e '12, XIV Halbb. M. 15 Lief. zu M. 2.

PAZMANY Z. A római jog institutiói (Istit. di d. r.) parte 2 (Diritto di famiglia, Persone) — Pozsony (Pressburg) Stampfel '11, p. VIII-82, colla 1ª parte Cor. 8.

PELHAM H. Essays on Roman History. Collected and edited by F. HAVERFIELD — Oxford '11, p. XXIII-328.

PEROZZI S. Precetti e concetti nella evoluz. giurid. (*Atti della Società Ital. per il progresso delle Scienze*, V Riunione) — Roma Bertero '12, p. 31.

PESSINA E. Storia delle leggi sul procedim. penale. Lezioni (Grecia Roma, p. 44-66) — Napoli Pirrone '12, p. XIV-105, L. 4.

PFLÜGER P. Die soziale Frage im alten Rom — Zürich Buchhandlung d. schweiz. Grütlivereins '11, p. 45, 20 Pf.

PLATO. Πολιτεία. Lib. I erklärt von W. OLSEN — Gotha Perthes '11, p. IV-78, M. 1.

ID. Werke. Ueb. die Gesetze. Deutsch von E. EYTH 2-3 Lief.[2] (S. 49-143) — Berlin-Schöneberg Langenscheidt '11, jede Lief. 35 Pf.

PLATON G. Les banquiers dans la législation de Justinien, prémière partie — Paris Larose et Tenin '12, p. 194, fr. 5 (estr. della NRH. '09 e '11).

PÖHLMANN R. v. Aus Altertum u. Gegenwart. Gesamm. Abh. Neue Folge* — München Beck 1911, p. V-322, M. 6.

* Das Sokratesproblem. Tiberius Gracchus als Sozialreformer. An Cäsar *Ueber den Staat*, Ein Beitrag zur Gesch. der ant. Publizistik. Die Gesch. der Griechen u. das XIX Jahrh.

ID. Geschichte der sozialen Frage u. des Sozialimus in der antiken Welt. Due vol.[2] — u. s. 12, p. XV-610 e XII-644, M. 26.

POLLOCK F. An Introd. to the History of the Science of Politics (I The beginning of polit. science, p. 1-33) — New York Columbia University Press (London Macmillan) '11, p. XII-138, 16°, s. 2. 6.

ID. Common Law, *vedi qui* pag. 310 — London '12, s. 6. 6.

PREISIGKE F. *vedi* GRIECH. PAPYRUS.

ID. *vedi* GRADENWITZ O.

PROGRAMA DE INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO — Oviedo Impr. *La Commercial* '11, p. 42, P. 1.

PRONZATO G. A. La lex commissoria pignorum e la sua invalidità in d. r.; c. 3 C. VIII. 34 (Tesi Torino) — ib. Bione e Fedetto '12, p. 66.

PUBBLICAZIONI DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER LA RICERCA DEI PAPIRI GRECI E LATINI IN EGITTO. Vol. I N. 1-112 con 13 tavole — Firenze Ariani (Seeber) '12, L. 30.

PULVERMACHER G. Der Einfluss der röm. Vollstreckungsanfechtung auf das materielle u. exekutiv. R. (Diss. Breslau) — ib. Korn '11, p. VI-54.

QUARITSCH Instit. u. Rechtsgesch. Kompendium d. röm. Privatrechts u. Zivilprozesses[9], nach der Legalordnung des BGB. neubearb. von E. GOESCH — Berlin Weber '12, M. 10.

RAAPE L. Der Verfall des griech. Pfandes bes. des griech.-ägypt. — Halle Buchh. des Waisenh. '12, p. VII-167, M. 4.

RAEDER A L'arbitrage international chez les Hellènes, trad. p. M. SYNNESTVEDT — Kristiania Aschehoug (München Duncker u. Humblot) '12, p. 322, M. 10 (Publ. de l'Institut Nobel Norvegien).

RAEDER H. H. U., v. Wilamowitz-Moellendorff — in SALMONSENS STORE ILLUSTR. KONVERSATIONSLEXIKON Vol. XIX Suppl., Kjöbenhavn '11.

REICHE F. Ueb. die solonische Verfassung des Aristoteles (Progr.) — Strehlew '12, p. 27, 4°.

REVILLOUT E. Les origines égyptiennes du droit civil romain. Nouv. étude d'après les textes jurid., hierogl. etc. — Paris Geuthner '12, p. 164, fr. 10.

Id. Contrats égyptiens archaïques, démotiques et araméens, fascicoli 4 — Paris Champion, 12, fasc. 1 e 2 a fr. 6, fasc. 3 e 4 a fr. 14.

Riewald P. De imperatorum roman. cum certis dis et comparatione et aequatione (*Dissert. philol. Halenses* XX. 3, pagine vii e 265-344) — Halle Niemeyer '12, M. 3.

Riezler E. Venire contra factum proprium. Studien im röm. engl. u. deutsch. Civilrecht — Leipzig Duncker u. Humblot '12, p. v-187, M. 6.

Rispoli A. Il processo civ. contumaciale — Milano Società editr. libr. '11, p. viii-524, L. 12.

Roby H J. Roman Private Law in the Times of Cicero and the Antonines, 2 vols — Cambridge University Press '02, p. xxxii-543 e xiii-560, ridotto nel 1911 il prezzo da s. 30 a s. 20.

Rocco di Torrepadula G. Il giuramento decisorio — Napoli Pierro '11, p. xv-226, L. 5.

Rohde. Studien im Besitzrecht. Abschn. VII B, VIII-IX, XVII-XVIII — Düsseldorf Baedeker '11 e '12; p. iv-41, ii-14 e 78, iv-9 e 23; M. 2.50, 1.75, 1.80.

Rosadi G. Il processo di Gesù [5] — Firenze Sansoni '12, p. xiv-443, 16°, L. 2.50.

Rosenberg A. Unters. zur röm. Zenturienverfassung — Berlin Weidmann '11, p. iv-93, M. 2.40.

Rossi L. *Superficie* (Generalità, Origini, Dir. rom.) in Il Digesto Italiano Disp. 742. Vol. XXIII parte 1 pagg. 19-44, 4° — Torino Unione tip.-editr. '12, L. 2 la disp.

Rossi-Bussola C. Cenni sulla dote nella sua evoluz. storica e nel dir. vigente — Napoli Giannini '11, p. 56.

Rostowzew M. *Kolonat* in Handwörterbuch der Staatswiss. hrsg. von J. Conrad...[3], vol. V col. 913-920 — Jena Fischer '11.

Rotondi G. Gli atti in frode alla legge nella dottrina rom. e nella sua evoluz. poster. — Torino Unione tip.-editr. '11, p. xi-226, L. 4.

Id. *Bonorum sectio*, *Bonorum venditio* in Enciclop. Giurid. Ital. Fasc. 545. Vol. II parte 1 p. 1263-75, 4° — Milano Società editr. libr. s. a. ('11), L. 2 il fasc.

Id. *Comitialis lex* ivi. Fasc. 550, 563, ..., Vol. III parte 2 sez. 3

p. I-144..., 4° — id. = *Leges publicae populi romani* Elenco cronolog. con una Introd. sull'attività legislat. dei comizi rom. Estratto id. completo. '12, p. VII-522, L. 8.

RÖTTGERS H. Die Stellung des röm. u. heut. Richters gegenüber der sittenwidrigen Ausbeutung der Rechtskraft (Diss. Würzburg) — '12, p. 49.

SAAS K. Die Behandlung der Geisteskranken im röm. R. (Diss. Zürich) — ib. Leemann '11, p. XI-134, fr. 2.80.

SACCHI A. *Ratihabitio* in IL DIGESTO ITALIANO Disp. 734, Vol. XX parte 1 p. 168-172, 4° — Torino Unione tip.-editr. '11, L. 2 la disp.

SACHAU E. *vedi* ARAMÄISCHE PAPYRUS.

SAGOT F. La Bretagne romaine — Paris Fontemoing '11, p. 417-XVIII et pl., fr. 12.

SALUZ R. L'efficacia della consuetudine nel d. r. — Oristano Corsi e Pagani '12, p. 18.

SALVIOLI G. Storia del diritto e delle leggi nell'Italia meridion. dopo la caduta dell'Imp. rom. Appunti sulle lezioni dettate nell'Università di Napoli nell'a. '09-10 compilati per cura di C. DELL'A. — Napoli Pierro '10, p. 319, L. 10.

SANDYS J. E. *vedi* ARISTOTLE'S CONSTITUTION OF ATHENS.

SAVIGNY F. C. DI. Le obbligazioni, trad. con Append. originali (I Concetto e origine dell'obbl. romana, II Degli effetti della litis contestatio nella obblig. solidali passive) da G. PACCHIONI. Vol. I — Torino Unione tip.-ed. '12, p. VIII-753, L. 10.

SCHAEFFER C. Grundriss des bürg. R. unter Berücks. des röm. u. gem. R. I Bd. Allg. Teil [6-9], M. 2; II Bd. Obligat [6-9], M. 2.40; III Bd. Sachenrecht [6-9], M. 2; IV Bd. Familienrecht [5-8], M. 2; V Bd. Erbrecht [5-8], M. 2.40 — Berlin Puttkammer u. Mühlbrecht '11, volumetti di circa 100 pagine.

SCHILLING O. Die Staats-and Soziallehre des hl. Augustinus — Freiburg i. B. Herder '10, p. X-280, M. 5.60.

SCHINDLER H. Präparationen zu den Institutiones Justiniani. Zur Einführung in die röm. Rechtssprache f. Studierende übers. u. erlaüt. III Buch — Tübingen Mohr '11, p. VII-106, M. 2.

SCHJÖTT P. *vedi qui* pag. 326. IV — Christiania Dybwad '12, p. 15, M. 0.50.

SCHMIDT F. F. Die Occupatio im islamitischen R. — Strassburg Trübner '10, p. 58.

SCHOCKE W. Die Selbsthilfe nach altem u. neuen R. in histor.-dogm. Darst. (Diss. Heidelberg) — Borna-Leipzig Noske '09, p. 58.

SCHRÖER L. Die allgem. strafrechtl. Grundsätze in Platos Gesetzen (Diss. Münster) — Posen Merzbach '10, p. 57.

SCHUBART W. Papyri graecae Berolinenses (Tabulae in usum scholarum ed. sub cura J. LIETZMANN) — Bonn Marcus u. Weber '11, p. XXXIV-50 tab., M. 6.

SCHWARZ B Causális ügylet és tulajdonátruházás a görög papyrusok jogában (Negozio causale e trasferimento di proprietà nel dir. dei papiri greci) — Budapest '11 o '12, p. 37.

SCIALOJA V. e BRUGI B. Gli studi del d. r. in relaz col dir. mod. (Relazione al VII° Congresso giurid. nazion.) — Roma Gianandrea '11, p. 12.

SCIALOJA V. Corso di Istit. di d. r. Parte I (Parte generale. Dir. di famiglia). Lezioni raccolte dallo stenografo dott. V. BONFIGLI — Roma Bolognesi '12, p. 850, L. 12.

SECKEL E. Distinctiones glossatorum. Studien zur Distinktionenlehre der romanist. Glossatorenschule verbunden m. Mitteilgn. unedierter Texte (Aus FESTSCHRIFT F. MARTITZ S. 277-436) — Berlin Liebmann '11, M. 6.

ID. *vedi* IURISPRUD. ANTEIUST. RELIQ.

SEECK O. Gesch. des Untergangs der antiken Welt IV Bd. — Berlin Siemenroth '11, p. v-371, M. 6.

SEIFERT M. Die prozess. Behandlung d. in der L. 57 D. *de hered. pet.* 5, 3 u d. L. 57 D. *de R. V.* 6, 1 entschied. Streitfälle nach röm., gem u. Reichszivilprozessrecht (Diss. Greifswald) — '12, p. 67.

SESAN V. Kirche u. Staat im röm.-byzant. Reiche seit Konstantin dem Grossen und bis zum Falle Konstantinopels., I Bd.: Die Reichspolitik der christl. röm. Kaiser vom Konstantin d. Gross. bis Theodosius d. Gross — Czernowitz Bukowinaer Vereinsdruckerei '12, p. XXI-360, M. 5.

SOHM R. Institutionen. Gesch. u. System des rom. Privatrechts[14] — Leipzig Duncker u. Humblot '11, p. x-804, M. 14.

SOKOLOWSKI P. *vedi* DERNBURG H.

SOLMI A Documenti per la storia aneddotica dei glossatori bolo-

gnesi, Alberico glossatore — in STUDI E MEMORIE PER LA STORIA DELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA, Vol. II, p. 179-192. Bologna, Azzoguidi '11.

SPIEGELBERG W. *vedi* GRADENWITZ O.

SPRENGER J. Quaestiones in rethorum Romanorum declamationes juridicae (Diss. Halle) — ib. Karras '11, p. VIII-94 (*Dissert. philol. Halenses* XX. 2).

STINTZING W. Die Uebertragung bewegl. Sachen nach dem bürg. R. mit Heranziehung d. gem. u röm. R. — Leipzig Wörner '11, p. VI-237, M. 6.50.

STRACHAN-DAVIDSON J. L. Problems on the Roman Criminal Law — Oxford Clarendon Press '12, 2 volumi di p. XXI-245 e 287, s. 18.

STRUPP K Urkunden zur Gesch. des Völkerrechts Bd. I [I, Handelsvertrag zwischen Rom u. Karthago. II, Waffenstillstand zwischen Athen u. Sparta vom Jahre 423. III, Allianzvertrag zwischen Athen u. Sparta, Frühjahr 421] — Gotha Perthes '11.

STUDIA PONTICA III: Recueil des inscriptions grecques et latines du Pont et de l'Arménie publiées par J. G. C. ANDERSEN, F. CUMONT, H. GRÉGOIRE. Fasc. I — Bruxelles Lamertin '10, p. 256.

SZÀSZY-SCHWARZ G. A tulajdon tana a római jog szerint (La dottrina della proprietà sec. il d. r.) — Budapest '11 o '12 (?), p. 124.

ID. Bevezetés a római joba (Introd. al d. r.) — id., p. 44.

THOMAS E. L'envers de la société romaine: Pétrone — Paris Fontemoing '12, p. XVIII-260, fr. 5.

TRIFONE R. Il diritto consuetudinario di Napoli e la sua genesi — Milano Società editr. libr. '10, p. 120, L. 2.

VACCARI P. Matrimonio franco e matrim. romano (Studi preliminari) — Pavia Mattei-Speroni '11, p. 95, L. 1,50.

VANDEUVRE J. Contribution à l'étude du régime minier romain, Etude sur la table d'Aljustrel découverte en '06 — Dijon Jobard (Paris Fickler) '10, p. 189, fr. 6.

VASSALLI F. Programma del Corso di d. r. tenuto nell'Università di Perugia nell'a. '11-12 (Diritto ereditario I) — Perugia Unione tip.-coop. '12, p. 7.

VILLMOW E. Die legitimatio per subsequens matrimonium. Nach röm., gem u. bürg. R. (Diss. Greifswald) — ib. Abel '10, p. 51.

WALEK T. Die delphische Amphiktyonie in der Zeit der aitoli schen Herrschaft — Berlin Ebering '12, p. 189, M. 4.

WALLRAFEN W. Die Einrichtung u. kommunale Entwicklung der röm. Provinz Lusitanien (Diss. Bonn.) — '10, p 87.

WALTON F. P. Histor. Introduction to the Roman Law [2] — Edinburgh and London Green '11, p. XVI-391, s. 10.

WENGER L. Die Verfassung u. Verwalt. des Europäischen Altertums — in DIE KULTUR DER GEGENWART. Allgem. Verfassungs- und Verwaltungsgesch. I Haelfte, Leipzig-Berlin Teubner '11, p. 136-197

ID. Antikes Richterkönigtum — in FESTSCRIFT ZUR JAHRHUNDERTFEIER DES ALLGEM. BGB. etc., Wien Manz 11, Ier Teil p. 479-497.

WERRING S. *vedi* MOE V.

WESTRUP G W. Studier over romesk krigsret, Et bidrag til belysning af imperium militiae (Studi sul dir. di guerra dei Romani ecc.) — Kjöbenhavn Tryde 12, p. 56, Kor. 1.50.

WETTER P. VAN, Pandectes contenant l'hist. du dr. r. et la législ. de Justinien. T. V^e^ (dernier): Des droits de famille. Du droit hérédit. — Paris Librairie génér. de droit '11, p. 632, fr. 12.

WILAMOWITZ-MOELLENDORFF U. v. u. ZUCKER F. Zwei Edikte etc. *vedi qui* pag. 325 — Berlin Re.mer '11, p. 28, M. 1.

WILCKEN U. v. *vedi* MITTEIS L.

WILLIAM A. *vedi* HERLOV-MÜLLER.

WIRBEL CH. Le cognitor (Thèse, Nancy) — Paris Larose et Tenin '11, p. XV-228, fr. 7.50.

WITTKOWSKI S. *vedi* EPISTULAE PRIVATAE GRAECAE.

WROBLEWSKI S. Ograniczenia darowizny (Le limitaz. della donaz., nel d. r.) — Krakow '11 (Studi in onore di BOL. ULANOWSKI).

ZIEBART E. *vedi* KOHLER J.

ZIMMERN A. E. The Greek Commonwealth. Politics and Economics in the Fifth-Century Athens — Oxford Clarendon Press '11, p. 454, s. 8. 6.

ZOCCO-ROSA A. La tavola bronzea di Narbona — Catania Giannotta '11, p. 58.

ID. I gentiles nelle definizioni di Scevola e di Cincio — Catania Istituto di storia del d. r. '12, p. 43.

ZOLL F. SEN. Ein Beitrag zur Lehre von den sogennanten irre-

gulären Servituten — in FESTSCHRIFT ZUR JAHRHUNDERTFEIER DES ALLGEM. BGB. etc. Wien Manz '11, II Teil. p. 551-567 (trad. dal polacco).

ID. Sluzebnosci osobiste w prawie rzymskiem i w nawszych ustawodawstwach (Le servitù personali nel d. r. e nelle codific. moderne) — Krakow '11 (Studi in onore di BOL. ULANOWSKI).

ZOUCHE R. Iuris et iudicii fecialis, sive iuris inter gentes... explicatio. Edited by TH. E. HOLLAND, 2 volumi — Washington '11, p. XVI-204 e XVI-186.

ZUCKER F. Beiträge etc. *vedi qui* pag. 317 — Leipzig Dieterich '11, M. 3.60.

ID. *vedi* WILAMOWITZ-MOELLENDORFF . V.

II. — Periodici.

Nuove sigle in aggiunta a quelle del Quadro alfabetico dell'anno XXIII, pag. XXVII e seguenti:

AASN. = Atti dell'Accademia di Scienze morali e polit. di Napoli.
AISDR. = Annuario dell'Istituto di Storia del Dir. Rom.
AKA. = Archiv für Kriminal-Anthropologie
AMSPR. = Atti e Memorie della Deputaz. di storia patria per le Provincie di Romagna
APAW. = Abhandl. d. Preuss. Akademie der Wissenschaften. Philosoph.-histor. Klasse
APT. = Archiv für Post und Telegraph
ASo. = Archives Sociologiques
ASSa. = Archivio storico sardo
ASWSP. = Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
BAE. = Budapest Akadémiai Ertesitö (*Ungherese*)
BURS. = Bibliothèque Universelle et Revue Suisse.
CE. = Contenzioso Ecclesiastico (Il)
CSF = Chronique sociale de France
'**E**EEΠE = Ἐπιστημονικὴ Ἐπετηρὶς τοῦ Ἐθνικοῦ Πανεπιστήμιου τῆς Ἑλλάδος
'EKNE = Ἐπιθεώρησις κοινονικῶν καὶ νομικῶν ἐπιστημῶν
GB. = Green Bag (The)
GD. = Giornale Dantesco (Il).
ILR. = Illinois Law Review

JGVV. = Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich

JRS. = Journal of Roman Studies (The)

KHSW. = Korrespondenz-Blatt fur die Höheren Schulen Württembergs

Lett. = Lettura (La).

LJ = Law Journal

MAF. = Mémoires de la Société nationale des Antiquaires de France

MSF. = Memorie storiche forogiuliesi

NA. = Nuova Antologia

NAADG. = Neues Archiv der Gesellschaft f. ältere deutsche Geschichtskunde

NaAr. = Natura ed Arte.

NTF. = Nordisk Tidsskrift for Filologi (*Danese*)

OeL. = Oesterreichisches Literaturblatt

Pr. = Prawo (*Russo*)

Praw. = Prawnik (*Polacco*)

RASN. = Rendiconti dell'Accad. di scienze morali e polit. di Napoli

RCo. = Rassegna Contemporanea

RDiP. = Rivista di diritto pubblico

RDP. = Rivista di diritto penale e sociologia criminale

RF. = Rivista Filosofica

RGDIP. = Revue générale du Droit international public

RHL. = Revue d'histoire de Lyon

RHV. = Revue historique vaudoise

RIB = Revue de l'instruction publique en Belgique

RJC. = Revista juridica de Cataluña

RJLA = Revue jurid. de locomotion aérienne

RL. = Rivista ligure di scienze, lettere ed arti

RPhAEA. = Recueil de travaux relatifs à la philol. et à l'archéol. égyptiennes et assyriennes

RPL. = Revue politique et littéraire (Revue bleue)

RPo = Rivista Popolare

RSP. = Revue des sciences politiques

SALJ. = South African Law Journal

SAM. = Sitzungsberichte der philos.-philol. u. der histor. Klasse der Akademie der Wissenschaften zu München

SAW. = Sitzungsberichte d. philos.-histor. Klasse d. Akademie d. Wissenschaften von Wien

SECC. = Studi econom.-giuridici pubblicati per cura della Facoltà di Giurispr. dell' Università di Cagliari

SHA. = Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse

SJ. = Schweizerische Juristenzeitung

SPP. = Studien zur Palaeographie u. Papyruskunde.

SUVSCh. = Skrifter udgivne af Videnskabs-Selskabet i Christiania (*Norvegese*)

TJFF. = Tidskrift utgifven af juridiska Föreningen i Finland (*Finlandese*)

UPaLR. = University of Pa. (Pennsylvania) Law Review

VAA. = Verhandelingen der Akademie van Wetenschappen te Amsterdam, Afdeeling Letterkunde (*Olandese*)

ZIPOeR. = Zeitschrift für internationales Privat- und öffentliches Recht

ZK. = Zeitschrift für Kirchengeschichte

ZKTh. = Zeitschrift für katholische Theologie

Rettifiche e complementi al Quadro alfabetico c. s.

BPhW. = ... Wochenschrift

BSGW. = Berichte über die Verhandlungen der...

EPhK. = Egyetemes...

JAIW. = Jahreshefte...

JPhVB = ... Trovasi in ZG

PSQ = Political...

TR. = ... (*Norvegese*)

ZSS. *RA.* = Id. Romanistische..
CA. = Id. Canonistische.

AAL. a. CCCVIII. Serie Quinta. Memorie della Classe di scienze morali storiche e filosofiche XIV. 6. '11: Cantarelli L. La serie dei prefetti d' Egitto. II Da Dioclez. alla morte di Teod. I.

AASN. '12: Milone F. Revisione della dottr. giurid. rom. sul computo del tempo.

ACP. CVIII (N. F. LVIII. '11. 1: † O. Wendt (Rümelin); Zum Gedächtnis O. Wendts. Rede (Id.); Die Schriften O. Wendts in chronol. Reihenfolge — 2-3: Krückmann Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gem. Rechts.

'Α.'Εφ. '11. 1-2: Παραβασιλειος Γ. Α., Συμπληρώσεις καὶ παρατηρήσεις εἰς τὰ *L. Ziehen* Leg. Graec. sacr. — 3-4: Αρβανιτοπουλος Α. Σ., Θεσσαλικαὶ ἐπιγραφαί; Οικονομος Γ. Π., 'Επιγραφαὶ ἐκ τῆς ἐν 'Αθήναις ἀγορᾶς.

AG. LXXXIV (Terza Serie XIII). '10 1. 2: Benedettini E. Resciss. della vendita per causa di lesione, Appunti di storia e di legisl. compar; *Messina-Vitrano F.* Azioni di danno e di furto contro il nauta ecc.

AHR. XVI. '10-11. 3 (agg.); *Davis W. S.* Wealth (W. L. Westermann). —— XVII. '11-12. 2: *Mattingly H.* The Imperial Civil Service of Rome (Id.). — 3: *Abbott F. F.* The Common People (W. S Davis).

AISDR. X Appendice s. a. ('10-11): Zocco-Rosa A. Iustiniani Instit. Palingenesia (*vedi* '05-06, '07-08, cont). —— XI-XII. '10-11: Id. Id. (fine); Libertini G. Sulle Tavole d'Aljustrel con spec. rig. alle società minerarie presso i Rom.; Mazzarella G. La comunità di villaggio nell'India; Verdirame G. La nuova scuola del Diritto libero in rapporto all'interpret. giurid. e all'ant. Dir. pretorio; Lo Giudice V. Sul decreto di Gneo Pompeo Strabone, concedente la civitas ad equites Hispani; Zocco-Rosa A. Per un Corpus papyr. iurid., Una raccolta dei papiri giur. d'Oxyrhynco; Mazzarino F. Nuove ediz. e riprod. fototip. di testi giur.; Zocco-Rosa A. Petrus Diaconus e l'opera di Varrone *De iure civ. lib XV*; Coci De Gaetani A. Sulle orig. d'Inst. I. 1 § 2; Zocco-Rosa A. Per una raccolta d'interpol. nelle compil. giust.; Coci De Gaetani A. La Nov. 118 di Giust. risentì l'influsso dell'imp Teodora?; Zocco-Rosa A. Iuris Rom. antiquissimi quae reliqua sunt.; *Conferenze e discussioni; Rendiconti; Storia del dir.; Pubblic. varie; Miscellanea; Notizie; Concorsi.*

AIV. LXXI. '11-12. 3: Tamassia N. Le *Exceptiones Legum Roman.* e il dir. longob.

AJIL. V. '11. 4: Hershey A. S. The History of International Relations during Antiquity and the Middle Ages. —— VI. '12. 2 *Phillipson C.* International Law (Id.).

AKA. LVI. '12. 1-2: Nicolo Strafrechtliches aus den griech. Papyri.

ALR XLIV. '10. 6 (agg.): Larremore W. From Status to Contract.

AMG. '10: Pichon R. Le mariage religieux à Rome (*cfr. qui* a. XXIII pag. XIX).

AMSPR. XXX. '10-11. 1-3: Ercole F. Impero e Papato nella tradiz. giurid. bolognese e nel dir. pubbl. ital. del Rinascimento.

APAW. '10: Meyer P. M. Die Libelli aus der decianischen Christenverfolgung.

APDN. XII. 11-12. 1, 4, 5, e XIII. '11-12. 1-3 Append.: Traduz. in lingua serba delle Istit. di Giustin. col testo a fronte fatta da D. L. Bagotic (*vedi qui* a. XXIII pag. XXXIV, fine).

APT. XX. '10: Preisigke F. Der Giroverkehr im alten Aegypten.

AR. XIV. '11. N. 150: *Barbagallo C.* Lo Stato e l'istruz. pubbl. (N. Terzaghi) — N. 156: *Bonner R. J.* Administr. of Justice in the Age of Homer (Id.).

ARW. XIV. '11. 3-4: Otto W. Religio u. superstitio (*Suppl.*; *cfr. qui* a. XXII pag. 301).

ARWPh. V. '11-12, 1: Kostanecki A. v. Dantes Philosophie des Eigentums — 2: Id. Id.; Binder J. Wille u. Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes — 4: Kübler B. Die Aufgabe der histor. RW. (Rede).

ASI. Quinta Serie XLVIII. '11². 1: *Ashburner W.* Νόμος Ῥοδίων Ναυτικός (F. E. Vassalli); *Trifone R.* Il dir. consuetud. di Napoli (G. L., in *Notizie, Storia giurid.*). — 2: Bonolis G. Sul significato di *calumnia* nei testi medievali ecc.; *Studi e Memorie per l'Università di Bologna* II (E. Costa); *Chiappelli L.* Nuove ricerche su Cino da Pistoia (A. Solmi). —— XLIX. '12¹. 1: † Conrat (Cohn) M. Contrib. alla letterat. degli alberi genealog. (Stemmata); A. D. V. Conrat (Cohn) M., *Necrol.*

ASo. '10 Bulletin 1: De Decker J. De quelques tendances des associations libres dans l'anc. Grèce (*Poland F.* Vereinswesen) — 4: Smets G. Sur l'élabor. de certains concepts polit. dans l'anc. Rome (*Botsford G W.* The Roman Assemblies) — 7: De Decker J. Mode de réalisation des transactions par virement dans l'Égypte gréco-rom. (*Presigke F.* Girowesen); Bourguin M. Sur le passage de l'occasionel au fonctionnel et quelques autres facteurs de l'organis. soc. (*Bry J.* Vente) — 8: De Decker J. Enchaînements sociaux qui ont amené la décheance de l'esclavage rom. (*Ciccotti E.* Le déclin de l'esclav.); Smets G. La fonction sociale de l'ostracisme athénien et le régime parlement. rom. (*Carcopino J.* Ostracisme). —— '11 Bull. 14: Id. Du déterminisme des adaptations successives dans l'administr. financière des Romains (*Mattingly H.* The Imperial Civil Service of Rome) — 15: Id. Du milieu hellénique et des instit. de l'anc. Grèce, un exemple de leur interdépendance (*Francotte H.* Pain à bon marché et pain gratuit dans les cités grecques); Bourguin M. Droit romain et droit comparé, un exemple des conditions soc. du passage de la regle morale à la règle juridique (*Pineles S.* Questions de dr. r.) — 16: De Decker J. De l'influence du milieu social sur la genèse des doctrines d'Aristote (*Kinkel J.* Die sozialökon. Grundlagen der Staats- und Wirtschaftslehren von Aristoteles) — 17: Id. De l'interpénétration dans l'Egypte ptolemaïque et rom. des deux formes essentielles de l'Etat antique (*Jouguet P.* Vie municipale). ——

'12 Bull. 18: Id. Déviation d'une instit. rom. sous l'influence de facteurs extrinsèques (*Boissière G.* L'accusation publ. et les délateurs chez les R.) — 19: *Thomas E.* L'envers de la société rom. — 20: *Reinach T.* L'anarchie monétaire et ses remèdes chez les anciens Grecs, *Louis P.* Le travail libre à Rome, *Abbott F. F.* The Common People of Ancient Rome — 21: *Ferrero M.* Il Cristianes. —— '12 Bull. 22: *De Sanctis G.* 'Ατθίς[2], *Louis P.* Travail, *Revillout E.* Origines égypt.

ASSa VI. '10. 1-3: *Tamassia N.* La Nov giustin. *de praetore Siciliae* (F. Ercole).

ASSO. VII. '10. 3: *Ciaceri E.* La responsabilità di Tiberio nell'applicaz. della lex Julia maiestatis (A. V.). —— VIII. '11. 1-2: *Pitzorno B.* Il dir. rom. nei documenti del ducato di Gaeta (R. Zeno) — 3: Zocco-Rosa A. La tavola bronzea di Narbona (V. Casagrandi). —— IX. '12. 1-2: *Id.* Iuris romani ant., *Id.* I gentiles, *Id.* Ius Flavianum e ius Aelianum (C. C.).

ASWSP. XXXI. '10[2]. 3: *Ciccotti E.* Untergang der Sklaverei (Oda Olberg).

Ath. 11[1]. No. 4348: *Bussel F. W.* The Roman Empire — No. 4357: *Phillipson C.* International Law — No. 4367: *Hardy E. G.* Six Roman Laws — No. 4377: *Zimmern A. E.* The Greek Commonwealth. —— 12[1]. No 4415: *Abbott F. F.* The Common People, *Id.* Society and Politics.

'Αθ. XXII. '10. 3-4: Βασης Σ., 'Επιγραφικά; Id. Ζητήματα 'Ρωμαϊκά (Ager effatus, Pomerium). —— XXIII. '11. 1-2: Id. Λατινικὴ ἐκ Θράκης ἐπιγραφή — 3-4: Καλιτσουνακις I. E., Φιλολογικὰ Παιδαγωγικά.

AUG. XXII. '10. 3: Duquesne J. La translatio iudicii dans la procéd. civ. rom. (fine, *cfr. qui* a. XXIII pag. XXXV).

AUP. Serie terza VIII. '10. 3-4: Scuto C. L'ingiustificato arricchimento (cont.); *Mocci A.* La cultura giurid. di Cino da Pistoia (O. Scalvanti) —— '11. 2-4: Bianchi G. Origine e fondam. giurid. della massima « Pei mobili il possesso vale titolo (art. 707 C. C.); Molle G. La tradiz. primit. sulle XII Tav. e sull'ordinam. centur., ed il suo valore stor. secondo una rec. pubblic. (*Giorgi T.* Il decemvir. legisl. e la costit. serv.).

Aus. IV. '09 2: Maiuri A. Un θιάσος a Creta.

BAB. '11. 4: *Hohlwein N.* Recueil des termes techniques des instit. polit. et admin. de l'Égypte romaine (*cfr. qui* a. XXIII pagina XXXV). —— '12. 5: Cornil G. Les codes modernes et le dr. romain.

BAE. Kiss G. La lex commissoria pignorum nei papiri greci (*In ungherese*).

BCACR. XXXIX. '11. 2-3: Gatti G. Frammenti di una nuova *lex horreorum* — 4: Cantarelli L. Scoperte archeol. in Italia e nelle ant. prov. rom.

BCH. XXXV. '11. 5-12: Dürrbach F. Fouilles de Délos... Inscr. financières '06-09 (fine); Roussel P. Fragments d'une liste d'archons déliens; Id. La confédération des Nesiotes; Bourguet E. Monuments et inscriptions de Delphes. —— XXXVI. '12. 1-4: Hatzfeld J. Les Italiens résidant à Délos mentionnés dans les inscriptions de l'île; Picard Ch. Αγος ou Αγγος, note sur une inscr. thasienne; Perdrizet P. Némésis.

BFC. XVIII. '11-12. 8: *Brillant M.* Les secrét. athén. (G. Corradi) — '12: *Kalb W.* Wegweiser in die röm. Rechtssprache (G. Ferrara).

BGS. XLVII. '11. 1-8: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat u. Gesellschaft (L. Hahn); *Gelzer M.* Byzantin. Verwalt. Aegyptens (F. Schmitt).

BIDR. XXIII. '11. 3-6: Solazzi S. Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore. Contributi alla storia della rappresent. nel d. r. (*vedi* XXII, cont.); De Francisci P. Nuovi studi intorno alla legislaz. giustin. durante la compil. delle Pand. (*vedi* XXII e XXIII. 1-2, cont.); *Chartularium Studii bononiensis* I, *Studi e Memorie per la storia dell'Univ. di Bologna* I (C. Bertolini); Id. Bibliografia dell'ant. dir. greco e romano. —— XXIV. '12. 1-5: Rotondi G. Natura contractus; Solazzi S., u. s. (cont.); † Alibrandi I. Intorno alla obblig. natur. del pupillo contraente sine tutoris auctoritate; Vassalli F. Frammento di un Indice del Digesto; Arangio-Ruiz V. Rivista di papirologia giurid. per l'a. '10; Zdekauer L. Max Conrat. *Necrol.*

BLC. XL a. XLII. '11. '8-9: *Pineles S.* et *Herzen N.* Questions de dr. r. (L. Guérin).

BMB. XV. '11. 5: *Martin V.* Épistratèges (N. Hohlwein) —

6-7: *Plaumann G.* Ptolemaïs in Oberägypten (Id.) — 8-9: *Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde (J. P. W.) — 10: *Ledl A.* Studien zum Epikleren-Rechte (A. R.); *Fowler W. W.* Social Life. —— XVI. '12. 1: *Brillant M.* Les secrét. athén., *Schulthess O.* Grammateis (H. Francotte) — 2: *Zimmern A. E.* The Greek Commonwealth (Id.).

BPhW. XXXI. '11. 17 (agg.): Mesk R. Solventur risu tabulae, Horaz Sat. II, 1, 86 — 25: *Fehr M.* Pfandrecht (G. Beseler) — 28: *Sokolow Th. Th.* Wissenschatl. Arbeiten (russisch) (H. Röhl) — 31: *Preisigke F.* Girowesen (P. Viereck) — 32: *Beseler G.* Kritik der röm. Rechtsquellen (W. Kalb) — 33: *Otto W.* Priester u. Tempel (L. Ziehen) — 35: *Wlassak M.* Der Ursprung der röm. Einrede (G. Beseler) — 36: *Monro Ch. H.* Digest. II (W. Kalb); *Demisch E.* Schuldenerbfolge (Th. Thalheim) — 38: *Partsch J.* Alienatio iud. mutandi causa (W. Kalb) — 42: *Barbagallo C.* Lo Stato e l'istruz. (L. Ziehen) — 43: *Wendland P.* Athen. Politik u. Publicistik (K. Münscher) — 46: *Rostowzew M.* Kolonat (G. Beseler) — 48: *Pöhlmann R. v.* Aus Altertum u. Gegenwart, Neue Folge (C. Bardt) — 50: *Sondhaus C.* De Solonis legibus (A. Bauer). —— XXXII. '12. 1: *Fehr M.* Pfandrecht (A. Manigk) — 5: *Preisigke F.* Griech. Urkunden... Caïro (F. Oertel) — 8: *Griech. Papyrusurk. der Hamburger Stadtbibliothek* (P. Viereck); *Braunstein O.* Die polit. Wirksamkeit der griech. Frau (Th. Thalheim) — 10: *Maspero J.* Papyrus grecs d'époque byzantine (P. M. Meyer); *Fitzler K.* Steinbrüche u. Bergwerke (H. Blümner) — 14: *Gelzer M.* Byzant. Verwalt. Aegytens (P. Viereck) — 16: *Engers M.* De Aegypt. κωμῶν admin. (Id.) — 17: *Arnim H. v.* Die polit. Theorien des Altert. (T. Lenschau); *Cantarelli L.* La serie dei prefetti d'Egitto II (P. M. Meyer) — 18: *Botsford G. W.* The Constit. and Politics of the Boeotian League (Th. Lenschau). — 19: *Eisele F.* Studien z. röm. RG. (G. Beseler) — 20: *Freudenthal M.* Condictio (Id.) — 27: *Pöhlmann R. v* Gesch. der sozialen Frage (A. Bauer) — 30: *Martin V.* Épistratèges (F. Stähelin) — 34: *Lipsius J. H.* Das att. R. II. 2 (Th. Thalheim) — 35: *Francotte H.* Finances (H. Swoboda) — 36: *Davis W. S.* Wealth (H. Peter).

BSGW. LXIII. '11. 5: Naber J. C. Zum Text der Berliner latein. Papyri BGU. 611 u. 628 — 9: Meister R. Beiträge zur griech. Epigraphik u. Dialektologie, XI Das Urteil von Mantineia.

BSP. XII. '10. 4: CHIAPPELLI L. Nuove ricerche su Cino da Pistoia, III: Cino da Pistoia in Bologna. Cino umanista e i suoi rapporti col Petrarca. Cino in Padova. —— XIII. '11. 1: ID. Id. IV: Conclusione. Testi inediti. Correzioni e aggiunte.

BURS. CXVII. '12. LXVII. No. 201: VALLETTE P. Le christianisme et le monde antique.

Βυζ. II. '11-12. 1-2: *Ferrari G.* I documenti greci medioevali di dir. priv.; Βασης Σ., Ἐπίμετρον εἰς « Βυζαντιδος » Τομ. Α' σελ. 337.

BZ. XX. '11. 1-2: *Ferrari G.* u. s. (L. WENGER); Bibliograph. Notizen u. klein. Mitteil. — 3-4: *Rostowzew M.* Kolonat (M. GELZER); *Freundt C.* Wertpapiere (G. FERRARI); Bibliograph. Notizen u. klein. Mitteil. —— XXI. '12. 1-2: Bibliograph. id. (spec. *Wenger L.* Eine Schenkung auf den Todesfall, A. H.).

CAI. '11. 7-8: POINSSOT L. La concession du ius legatorum capiendorum au pagus Thuggensis (Inscr. de Dougga) — 11: REINACH F. Pour mieux connaître Sappho; *Maspero J.* Papyrus grecs d'époque bizant. (SCHLUMBERGER in *Livres offerts*).

CE. XI. '10. 9-10: STANGHELLINI G. Il *de significatione verborum* secondo i canonisti.

CG. XLII (Quinta Serie II). '12. 3: LA LUMIA I. Le condiz. impossib. e turpi nel testam. rom. (cont.). — 5: ID. Id. (cont.) — 6: *Bergmann W.* Das röm. R. (G. BAVIERA) — 7: LA LUMIA I. Id. (fine).

CJ. VII. '11-12. 7: HOYT CH. A Roman Republic in High School.

CLR. XI. '11 7: *The Visigothic Code* (M. S.). —— XII. '12. 3-6: P F. The Genius of Common Law.

CPh. XI. '11. 3: *Rostowzew M.* Kolonat (W. S. FERGUSON) — 4: E. T. M., Justice in the Age of Homer (*cfr. qui* a. XXIII pagina XXXVIII); *Barbagallo C.* Lo stato e l'istruz. (J. W. H. WALDEN). —— VII. '12. 1: BONNER R. J. Administr. of Justice in the Age of Hesiod; *Martin V.* Epistratèges (W. S. FERGUSON); *Roman History* etc., *Evans A. E. R. L.* Studies in Livy (W. MILLER); *Brillant M.* Secrét. athén. (W. S. FERGUSON) — 2: *Partsch J.* Bürgschaftsrecht (ID.). — 3: WOOD F. A. Notes on Latin Etymologies; FRANCK T. The Import of the Fetial Institution; ADAMS CH. D. Recent Views of the Political Influence of Socrates; *Abbott F. F.* The Common People (F. B. R. HELLEMS); *Braunstein O.* Die polit. Wirksamkeit der griech. Frau (R. J. BONNER).

CR. XXV. '11. 6: *Goudy H. G.* Trichotomy (W. W. F.); *Willems, P. et J.* Droit public (S. Blake-Reed) — 7: *Poland F.* Gr. Vereinswesen (W. H. D. Rouse); *Barbagallo C.* Stato e istruz. (F. Granger); *Davis W. S.* Wealth (J. G. C. Anderson) — 8: Ingle N. L. The Original Function of the Boulé at Athens. —— XXVI. '12 1: MacInnes J. The Use of *Italus* and *Romanus* in Latin Literature; *Wilhelm A.* Beiträge zur griech. Inschriftenkunde (M. N. Tod); *Hardy E. G.* Six Romans Laws (C. F. Balleine) — 3: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (L. Whibley); *Phillipson C.* International Law (J. S. B. Reed).

CSF. '11 juillet: Boucaud Ch. L'influence du Christianisme sur le droit rom. (*Riccobono S.* Cristianes. e dir. priv.).

Cult. N. S. XXX. '11, 24: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (A. Caputi). —— XXXI. '12. 12: *Vassalli F.* Framm. di un Indice del Digesto (P. de Francisci).

DC. XXIX (Seconda Serie II). '11. 2: Mosca T. Oggetti mobili di valore artistico trovati nel sottosuolo — 3: Cogliolo P. Il modus nei contratti; Id. L'arbitrium boni viri id.; Id. Diritti di vicinato.

DJ. XVI. '11. 14: *Rabel E.* Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders (Manigk) — 20: Leonhard R. 50 Jahre nach Savignys Tod; Foerster R. Ein Doktorexamen von der Fakultät Savignys — 23: *Thiele G.* Lateinkursus (A. Manigk) — 24: *Taschenwörterbuch* [2] (Bruck). —— XVII. '12. 1: Frankenstein E. Der VII ital. Juristenkongress; *Bergmann W.* Das röm R. I. (Erman) — *Sohm R.* Instit [14] (Reichel) — 8: *Meltzl B. v.* Zur RG. u. Rechtsdogm. der Obligation (Erman).

DL. XXXII. '11: 8 (agg): *Kinkel J.* Die sozialökon. Grundlagen... Aristoteles (R. v. Pöhlmann) — 30: *Bury J. B.* Constitution (W. Stehl) — 37: *Rostowzew M.* Kolonat (J. Partsch) — 49 e 50: Wenger L. Der heut. Stand der Papyrusforschung (*Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde). —— XXXIII. '12. 12: *Moriaud P.* Simple famille paternelle (J. Partsch) — 15: *Seckel E* Distinct. glossat. (H. U. Kantorowicz) — 17: *Zimmern A. E* The Greek Commonwealth (U. v. Wilamowitz-Moellendorff); *Fitzler K.* Steinbrüche (K. Wessely); *Kantorowicz K. U.* Ueb. die Entstehung der Digestenvulgata (H. Erman) — 18: *Demisch E.* Schuldenerbfolge (P. Koschaker) — 20: *Mayr R. v.* Röm. RG. 1 (A. v. Tuhr). —

21: *Wenger L.* Die Verf. u. Verwalt. des Europäischen Altertums (P Koschaker) — 22: *Gelzer M.* Byzant. Verwalt. (C. Wessely); *Maspero J.* Papyrus grecs d'ép. byz. I. 1 et II 1 (Id.) — 23: *Buzescul V.* Athen Demokr. (russisch) (A. Waldemar) — 26: *Calogirou G.* Arrha (P. Koschaker) — 29: *Revillout E.* Origines égypt. (R. Leonhard) — 34: *Ferrari G.* I docum. greci medioevali di dir. priv. (P. Koschaker) — 35: *Eisele F.* Studien zur röm. RG. (H. Walsmann).

'ΕΕΕΠΕ. '10: Βασης Σ., Ad. Justiniani Digesta adnotationes criticae, Series II.

EHR. XXVI. '11. 1: *Botsford G. W.* Roman Assemblies (H. S. Jones) — 2: *Bussel F. W.* The Roman Empire (E. W. Brooks); *Bury J. B.* The Constitution etc. (H. S. Jones) — 3: *Mattingly H.* The Imperial Civil Service of R. (H. S. J.) — 4: *Hardy E. G.* Six Roman Laws (W. A. Goligher).

'ΕΚΝΕ. A' '08: (agg.): Ανδρεαδης A. M., Περὶ τῶν οἰκονομικῶν τοῦ Βυσαντιου (*cfr. qui* a. XXII pagg. 267 e 311).

Eo. XVIII. '12. 1: Berger A. Z najnowszych publikacyi papirusowych (Intorno alle più recenti pubblic. papir.).

EPhK. XXXIV. '10. 3: Csermely S. Cicerone sulla tortura degli schiavi (*in Ungherese*)

FI. XXXVI. '11. 8: Ferrara F. La vendita per acconti ed il pactum reservati dominii — 23: Ascoli A. Inammissibilità della Publiciana in rem actio nel dir. civ. ital.

Fil. XXXVI. '11. 7-8: Papa G. Sul pegno dei crediti — 9-10: Rotondi G. Ricerche sulla produz. legislat. dei comizi rom.; *Rispoli A.* Proced civ. contumac. (M. Pettini) — 11-12: Albertario E. La costruzione *nisi .. tunc enim* ed altre somiglianti, Contrib. all'esegesi del Digesto; *Albertario E.* Il pegno della superficie (G. Rotondi). —— XXXVII. '12. 1-2: *Vaccari P.* Matrimonio (E. Albertario) — 3-4: Id. La protez. pretoria della servitù rom. (*Krüger H.* Die prätor. Servitut) — 5-6: Rotondi G. « Pápia lex » e « Papía civitas »; Albertario E. La possessio civilis e la possessio naturalis nelle fonti giustin. e bizant. (cont.) — 7-8: Brunetti M. Domicilio civile, residenza, dimora; Albertario E Id. (fine); Rotondi G. Note sulla tecnica dei compilat. del Cod. giust., La struttura e l'origine del titolo I, 4.

GB. XXIII. '11. 11: *The Visigothic Code* — 12: SHERMAN CH. P. The Nineteenth Century Revival of Roman Law Study in England and America. —— XXIV. '12. 3: WHITAKER F. E. A Chapter from Old Greek Probate Law..

GD. XX. '12. 2: CHIAUDANO M. Dante e il d. r. (cont.).

GGA. CLXXIII. '11. 12: *Pappulias D. P.* Ἱστορικὴ ἐξελιξις τοῦ ἀῤῥαβῶνος (J. PARTSCH).

GI. Quinta Serie LXIII. '11. 14: *Cogliolo P.* Manuale delle fonti²; *Rotondi G.* Gli atti in frode alla legge — 16: *Costa E.* Storia del dir. rom priv. (E. ALBERTARIO).

H. XLVII. '12: 1: STERNKOPF W. Lex Antonia agraria; DOMASZEWSKI A. v., Eine Inschrift des P. Suillius Rufus — 2: MÜNZER F. Die Todesstrafe polit. Verbrecher in der spateren röm. Republik — 3: STERNKOPF W. Die Verteilung der röm. Provinzen vor dem Mutinensischen Krieg; FINSELER G. Ἔδνα; VIEDEBANTT O. Metrolog. Beiträge I.

He. '12. 1-2: RAPOPORT D. La cultura degli olivi e la legge di Solone — 3: MICHAILOW W. Il manoscr. delle Istit. giustin. che si trova a Pietroburgo. (*Russo*).

HG. XXII. '11. 23: *Wilamowitz-Moellendorf U. v.* u. *Niese B.* Staat (W. ALY). —— XXIII. '12. 2-3: HEYMANN E. Ueb. die Bedeut. des humanist. Gymnasium für die Vorbildung der Juristen; KIPP TH. Ueb. Humanismus u. RW. (*cfr.* pag. 290).

HJ. XXXII. '11. 2: *Barbagallo C.* Stato e istruz. (G. DRERUP) — 3: *Rostowzew M.* Kolonat (W. C.) —— XXXIII. '12. 1: *Fitzler K.* Steinbrüche u. Bergwerke (ID.). — 2: *Rosenberg A.* Zenturienverfassung (W. C.).

HLR. XXV. '11-12. 2: *Hardy E. G.* Six Roman Laws (R. P.).

HZ. CVII (Dritte Folge XI). '11. 1: *Bury J. B.* The Constit. of the Later Roman Empire (L. M. HARTMANN) — 2: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (BELOCH). —— CIX (Dritte Folge XIII) '12. 3: *Rostowzew M.* Kolonat. (M. GELZER).

ILR. VI. '11-12. 9: KELLY J. T. The Gaian Fragment (Omne ius quo utimur etc.).

JCL. New Series XII. 2 (N. XXVI). '12: LEE R. W. The Intestate Succession of Husband and Wife in Roman-Dutch Law.

JG. XXXII. '09 (publ. nel '11): Altertum... Römer (W. LIEBENAM).

JGVV. XXXV. '11. 4: *Friedensburg F.* Die Münze in der Kulturgesch. (L. KATZENSTEIN).

JHS. XXXI. '11. 2: *Zimmern A. E.* The Greek Commonwealth; *Brillant M.* Les secrétaires athéniens; *Bury J. B.* The Administr. System; *Jouguet P.* Papyrus de Théadelphie; *Martin V.* Les épistratèges; *Botsford G. W.* History of the Ancient World. —— XXXII. '12. 1: DICKINS G. The Growth of the Spartan Policy; ASHBURNER W. The Farmers Law II; *De Sanctis G.* 'Ατθις; *Jouguet P.* Vie municipale.

JIAN. XIII. '11; Σβορωνος I. N. Tessères jurid. des Epirotes trouvées à Dodone.

JJ. Zweite Folge XXIV (LX). '11². 1-5: KNOKE: Ferdinand Regelsberger; SCHREIBER O. Gemischte Verträge im Reichsschuldsrecht.

JL. XXIII. '11. 7: *Festschrift... Koschembahr-Lyskowsky J. v.* Zur Stellung des röm. Rechts (R. POLLACK) — 9: *Schindler H.* Präpar. zu den Instit. Justin. III — 10: *Beseler G.* Kritik der röm. Rechtsquellen (B. KÜBLER). —— XXIV. '12. 5: *Schwarz B.* Hypothek (EGER).

JNS. XCVII (Dritte Folge XLII). '11². 4: *Stöckle A.* Spätröm. u. byzant. Zünfte (H. GEHRIG).

JPhVB. '11 *Ritter C.* Die polit. Grundanschauungen Platons (E. HOFFMANN).

JR. XXIII. '11-12. 3: *The Visigothic Code* (J. MACKINTOSH) — 4: *Kelke W. H. H.* A Primer of R. L. (G. A. SMITH); *Walton F. P.* Histor. Introd. to the R. L.² (ID.).

JRS. I. '11. 1: FOWLER W. W. The Original Meaning of the Word *sacer*; REID J. S. Some Questions of Roman Public Law; *Phillipson C.* Internat. Law.

JS. Nouv. Série IX. '11. 8: CUQ E. Le développement de l'industrie minière à l'époque d'Hadrien — 10: *Martin V.* Épistratèges (R. C.). — 12: *Jouguet P.* Vie municip. (A. MERLIN). —— X. '12. 5: *Brillant M.* Les secrét. athén. (B. HAUSSOULLIER). — 6: *Rosenberg A.* Zenturienverf. (M. BESNIER).

JV. XLIII (Neue Folge XXVII). '11. 4: *Pfaff I.* Prodigalitätserklärung (E. WEISS); *Weiss E.* Pfandrechtl. Unters. (E. ADLER).

KHSW. XVI. '09. 11-12: *Ritter C.* Platons Staat (TH. KLETT). —— XVIII. '11. 8-9: MILLER J. Die Monarchie im klass. Altertum.

KJRPh. XI. '07-8. 1 (pubbl. nel '10): *Iurispr. anteiust.... Huschke*[6] I (J. Köhm).

Kl. 9 Beiheft '11: Stockle A. Spätröm u. byzantin. Zünfte. — XI. '11. 4: Swoboda H. Studien zu den griech. Bünden (cont.). — XII. '12 1: Adcock F. E. The Sources of the Solonian Chapters of the Athenaion Politeia; Swoboda H. u. s. (fine).

KUZ. V. '10. 8: Haruki I. Res mancipi, res nec mancipi — 9: Id. Beneficium inventarii — 10: Id. Emptio rei alienae — 12: Id. Id.; Okamura T. Dissoluzione del sistema familiare romano. — VI. '11. 1: Haruki I. Legis actio sacramento — 7: Id. Influenza del Cristianesimo sulla schiavitù a Roma — 9: Natura del precarium. — VII. '12. 1: Id. Sulla formula — 3: Id. Poena cullei. (*In giapponese*).

KVGR. L (Dritte Folge XIV). '12. 1-2: *Lusignani L.* Studi sulla responsabilità per custodia (F. Schulz).

Lett. XII. '12. 8: De Marchi A. Voci dell'Africa romana.

LJ. XLVI. '11: Macdonell J. The Trial of Sokrates.

LMR. XXXVI. '10-11. 4: Brune C. M. The Origin and History of Succession in R. L.; *Hardy E. G.* Six Roman Laws. — XXXVII. 11-12. 3: *Kelke W. H. H.* A Primer of R. L.

LQR. XXVII. '10-11. 3: *The Visigothic Code* (P. Vinogradoff) — 4: Holdsworth W. S. The Reception of R. L. in the Sixteenth Century (cont.); *Riccobono S.* La teoria r. dei rapporti di possesso, le dottrine mod e le legisl. (J. M L.); *Phillipson C.* Internat Law. — XXVIII. '12. 1: Holdsworth W. S., u. s. (cont.) — 2: Id. Id. (cont.); *Schwarz A. B.* Hypothek (F. Z.); *Buckland W. W.* Equity (S. H. L.); *Kelke W. H. H.* A Primer of R. L. (Id.). — 3: Holdsworth W. S., u. s. (cont.).

LZ. LXII. '11. 22: *Freundt C.* Wertpapiere — 27: *Rostowzew M.* Kolonat (W. Schubart); *Carlyle A. J.* The Political Theory etc. (F. Schneider) — 29: *Barbagallo C.* Stato e istruzione (A. R.). — 33: *Preisigke F.* Griech. Urkunden... Cairo (A. Stein). — 41: *Kantorowicz H. U.* Digestenvulgata — 43: *Plaumann G.* Ptolemais (F. Zucker) — 44: *Berger A.* Strafklauseln — 48: *Fitzler K.* Steinbruche (F. Zucker) — 49: *Rosenberg A.* Zenturienverfassung (K. J. Neumann). — LXIII. '12. 1: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (Sange). — 3: *Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde

(A. STEIN) — 4: *Krüger H.* Die prätor. Servitut (G. BESELER). — 30: *Calogirou G.* Arrha — *Gradenwitz* etc. Ein Erbstreit (E. WEISS) — 33: *Eisele F.* Studien — 35: *Bury J. B.* Constit. (E. GERLAND).

MAB. V. '10-11: COSTA E. Cirerone giurec., V Le successioni. Aggiunte e indice alfabetico; BRINI G. Un'altra glossa di gius pubbl. a Livio; ID Possessi di diritti e condictiones nel d. r. (cont.). —— VI. '11-12: ID. La distinzione della proprietà in sostanziale e strumentale applicata alla emptio venditio romana; COSTA E. Il contratto di lavoro nei papiri greco-egizi; ID. La lex Hortensia de plebiscitis.

MAF. LXX (Septième Série X). '10: MARTROYE F. Saint Augustin et la compétence de la jurisdiction éccles. au ve siècle.

MAH. XXXI. '11. 1-2: CARCOPINO J. Ostiensia. Les inscriptions Gamaliennes

MB. XV. '11. 3: COUNSON A. Romania, Les lois; GRAINDOR P. Liste d'archontes éponymes téniens.

MDAI. *RA.* XXVI. '11. 3-4; BRASSLOFF S. Die Peregrinenprätur u. die Constitutio Antoniniana vom Jahre 212; ROSTOWZEW M. Ein Speculator auf der Reise. Ein Geschäftsmann bei der Abrechnung. —— XXVII. '12. 3: BANG M. Die Herkunft der röm. Sklaven; (*vedi* XXV).

MF. XCIII a. XXII. '11^{5}. 1: LOUIS P. La corporation dans la Rome antique.

MHL. XXXIX. '11. 3: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (PLATZHOFF).

Min. XXXI a. XXI. '11. 36: CHAIGNE G. Le donne rom. e la politica (Sunto dell'art. qui a pag. 324).

MLR. IX. '10-11. 2: *The Visigothic Code* (J. H. D.).

MSF. V. '10. 2-3: LEICHT P. S. Romana lex.

MT. LII (Serie seconda XIV) '11-15: *Riccobono S.* Cristianesimo e dir. priv — 16: *Zucconi C.* Origine dell'azione surrogat. (G. L. DONES) — 43: *Fadda C.* Diritto delle persone e della famiglia (E. ALBERTARIO) — 49: CIAPESSONI P. In tema di rapporti di vicinanza (*Bonfante P.* Criterio fondament. dei rapp id.).

Mus. XIX. '11-12. 4: *Nap M. J. M.* zg. lex Iulia municip. (M. CONRAT). — 5: *Rostowzew M.* Kolonat (BOLKESTEIN); *Ehrmann Ph.* De iuris sacri interpret. att. (K. H. E. DE JONG) — 7: *Arnim H. v.*

Die polit. Theorien (U. Ph. Boissevain). — 9: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (v. Gelder).

NA. a. XLVII f. 969, 1° maggio '12: Teso A. La retribuz. degli uffici pubbl. nell' antichità.

NAADG. XXXVI. '11, 3: Conrat (Cohn) M. Röm. R. bei Papst Nikolaus I.

NaAr. 1 aprile '11: Fontana A. Il processo di Gesù.

NGWG. '11. 2: Partsch J. Neue Urkunden zum Justinian. Rescriptenprozesse.

NJKA. XXIX. '12. 1: *Pöhlmann R. v.* Aus Altertum I, II (W. Nestle) — 4: Müller A. Veteranenvereine in der röm. Kaiserzeit — 7: Soltau W. Grundherrschaft u. Klientel in Rom.

NRH. XXXV. '11. 4: Lefebvre Ch. Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit; *Vogt A.* Basile Ier (L. M.); *Vernay E.* Servius (P. Huvelin); *Lévy-Bruhl H.* Le témoignage instrum. (L. D.); *A. Berger* Strafklauseln (L. Debray) — 5: Michon L. Une interprét. de fr. Vatic. § 283; *Wlassak M.* Der Ursprung der röm. Einrede (P. Petot); *Partsch J.* Röm. u. Griech. R. in Plautus Persa (J. Duquesne); *Rendic. Accad. Bologna, Memorie id.* (Id.); *Studi Università Cagliari* (Id.); *Willems P. et J.* Droit romain publ. (F. S.); *Sagot F.* La Bretagne rom. (G. Blondel) — 6: Appleton Ch. Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrans et la date des Digesta de Julien ; *Girard P. F.* Mélanges, I (F. Senn). —— XXXVI. '12. 1: Debray L. La cautio amplius non peti — 3: Debray L. À propos du cognitor; *Girard P. F.* Manuel [5] (Id.); *Phillipson C.* Internat. Law (G. Testaud).

NTF. III R. XIX. '09-10: *Wilcken U.* Antisemit. (H. Raeder). —— XX. '10-11. 1-2: *Rostowzew M.* Kolonat (H. Raeder); *Wilamowitz-Moellendorff U. v* u. *Niese B.* Staat (J. L. Heiberg). —— IV. R. I. '11-12. 1: Raeder Papyrusfundene i Oxyr. VIII.

OeL. '11. 1: *Binder J.* Plebs (R. v. Mayr). —— '12. 2: *Sohm R.* Instit [14] (Id.).

OeZ. XXIX. '11. 12: *Gebhardt* Rom. R. —— XXX. '12. 4: *Corpus ur. civ.* 1[12]. — 5: *Mayr R. v.* Röm. RG. I.

Phil. *Supplementband* XII. 1. '11: Zucker F. Beiträge zur Kenntnis der Gerichtsorganisation im ptolem. u. röm. Aegypten. —— LXX

(N. F. XXIV). '11. 1: ID. Ἐπίτροπος Χαρτηρᾶς Ἀλεξανδρέιας — 4: POLAND F. Zum griech. Vereinswesen. —— LXXI (XXIV).'12. 1: EITREM S. Drei neuen griech. Papyri; MÜLLER A. Das Heer Justinians (nach Procop u. Agathias) — 2: BANNIER W. Die röm. Rechtsquellen u die sogenn. Cyrilglossen; SOLTAU W. Bot Diodors annalistische Quelle die Namen der ält. Volkstribunen?; DRUFFEL E. Papyrus-Magdola 38 + 6.

PJ. CXXXVII. '09: SCHUBART W. Neues aus dem alten Alexandrien (BGU. IV. 8-9).

Pol. CXXII (Deux. Série LXXIV). '11². 1: *Cromer* (*Lord*) Impérialisme (H. RUBART DU MÉRAC). — 4: *Ciccotti E.* Le déclin de l'esclavage (A. BAUDRILLART).

PPA. XXXVI. '11. 7-8: CARO L. Laesio enormis; CHLAMTACZ M. O nabyciu ovoców przez posiadacza w dobrej wierze w cywilnem prawie austrayckiem (Il diritto sui frutti del possessore di buona fede nel Cod. civ. austriaco, *cfr. qui* pag. 284); *Koschembahr-Lyskowski J. v.* O stanowisku prawa rzymskiego w powszechnej ustawie cywilnej dla cesarstwa austryackiego (Rapporto del d. r. col Cod. civ. austriaco, *cfr. qui* a. XXIII pag. XIII); ZOLL F. SEN. Przyczynek do nauki o t. zw. sluzebnósciach nieprawidlowych (Contrib. alla dottr. delle servitù irreg., *cfr. qui* pag. 301). —— XXXVII. '12. 3: LONGCHAMPS h. Studya nad istoto osoby prawniczei (Studi sulla materia della persona giurid, *vedi* XXXV-VI, cont.); *Kalb W.* Spezialgrammatik (A. BERGER) — 4: *Studi in onore di Brugi* (ID., *cfr. qui* pagina 328).

Pr. '08. 3: PERGAMENT M. H. Dernburg. —— '09. 4: SINAISKIJ W., K istorii semlevladenia i prava v drevnem Rime (Contrib. alla storia agraria e giurid. di R.). —— '10. 16: ELJASCHEWITSCH W. B. Juridiceskoe lizo (Persona giuridica).

Praw. I. '12. 2: *Kniep F.* Gai Instit. I (A. BERGER); *Seckel-Kübler* Jurispr. anteiust. (Id.) — 3: *Corpus iur. civ.* I¹². (ID.); *Mayr. R v.* Röm. RG. I (ID.) — 5: *Girard. P. F.* Mélanges de dr. r. I (ID.).

PSQ. XXVI. '11. 3: *Vinogradoff P.* Roman Law in Mediaeval Europe (M. S) — 4: *Phillipson C.* Internat. Law (G. W. B.). —— XXVII. '12. 1: *Francotte H.* Finances.

RA. Quatrième Série XVIII. '11². 1: CAGNAT R. et BESNIER M. Revue des public épigr. relatives à l'antiq. rom. — 2: GLOTZ G.

Les 6475 dans les cités grecques d'Egypte; *Bouché-Leclercq A.* L'intolérance relig. (S. R.) — 3: CAGNAT R. et BESNIER M. u. s. —— XIX. '12 [1]. 1: *Fitzler K.* Steinbrüche (S. R.); *Brillant M.* Les secrét. athén. (ID.) — CAGNAT R. et BESNIER M. u. s.

RAL. Serie quinta XX. 11. 1-4: PAIS E. Circa la natura e l'età della Lex latina di Eraclea — 5-6: BRUGI B. Recenti critiche del sistema del dir. priv. (*Meumann G. A.* Observ. sur le système du dr. privé).

RASB. IV. '10-11: COSTA E. La c. 20 Cod. *de pactis* in rapp. ai nuovi studi sopra i trasfer. di proprietà immobil. nel dir. greco-egizio; ID. Sopra un nuovo documento di deposito irreg. (Oxyrh. Pap. 1039); ID. Ancora sopra il decreto di Pompeo Strabone e la Lex Iulia de civitate.

RASLA. XXV. '10. 8-10: ELISEI R. La terza satira d'Orazio e gli schiavi.

RASN. L. '11: FADDA C. Sul deposito irregolare.

RCC. '11, 23 février: MARTHA J. Caton l'Ancien censeur.

RCHL. Nouv. Série LXXII a. XLV. 11 [2]. 31: *Gelzer H.* Byzantin. Kulturgesch. (MY.) — 32: *Ashburner W.* Νόμος Ῥοδίων Ναυτικός (ID.) — 35: *Griech. Urkunden ... Kairo* (J. MASPERO) — 38: *Poland F.* Vereinswesen (MY.) — 39: *Schmidt F. F.* Occupatio (R. BASSET) — 41: *Sagot F.* La Bretagne rom. (R. CAGNAT) — 43: *Fitzler K.* Steinbrüche (J. MASPERO) — 44: *Jouguet P.* Vie municip. (ID.). —— LXXIII a. XLVI. '12 [1]. 12: *Griech. Papyri ... Giessen* I. 2 (MY.) — 13: *Rostowzew M.* Colonat (J. TOUTAIN). —— LXXIV a. XLVI. '12 [2]. 32: *Ferrari G.* I docum. greci medioevali (MY.) — 33: *Rosenberg A.* Zenturienverf. (E. CAVAIGNAC). —— LXXI a. XLV. '11 [1]. 17 (agg.): *Partsch J.* Bürgschaftsrecht (MY.).

RCLJ. LXI (N. S. XLI). '12. 1: *Declareuil J.* Instit. municip. (E. H. PERREAU).

RCo. IV. '11. 5: *James E. H.* The Trial before Pilate (G. B.) — 11: SOREL G. Le democrazie antiche. Trad. di A. LANZILLO.

RDC. IX. '11. 7: PACCHIONI G. La promessa del fatto di un terzo — 10: FADDA C. Limiti di rappresent. con rig. alle società irreg.; PACCHIONI G. Il requisito dell' utiliter coeptum nella gestione degli affari altrui; GIOVENE A. Patto commissorio illecito e vendita condizionale lecita — 11: Il VII Congresso Giurid. Nazion., Gli studi

di d. r. in relaz. col d. mod., Per l'aboliz. dell'autorizz. marit., Relatori V. SCIALOJA e B. BRUGI (in « Varietà »); *Rotondi G.* Gli atti in frode alla legge (A. G. in « Libri e Riv. ») — 12: *Schultz F.* Die Haftung für das Verschulden der Angestellten (G. S. in id.).

RDCi. III. '11, 4: BONFANTE P. Criterio fondament. dei rapporti di vicinanza; *Bonfante P.* L'azione negat. e l'az. di danni nei rapporti di vicinanza, *Pacchioni G.* Sull'in fraudem legis agere (In *Estratti di Riviste*, C. LONGO); *Rotondi G.* Gli atti in frode della legge (A. ASCOLI) — 5: SALVADORE F. A. Affectio societatis. —— IV. '12. 1: OSTI G. La così detta clausola *rebus sic stantibus* nel suo sviluppo stor.; *Benedettini* Resciss. della vendita per causa di lesione (In *Estratti* u. s.) — 2: MANENTI C. Della condiz. risolut. sottintesa dell'art. 1165 in rapporto alle teorie gener. dei contratti sec. il nostro Cod. civ.; *Lass A.* Novationslehre (u. s.) — 3: VISCONTI A. Il dir. priv. nelle Nuove Costituz. dello Stato milanese (cont.); *Woess E. v.* Das röm. Erbrecht (M. RICCA-BARBERIS) — 4: VISCONTI A. u. s.; *Savigny-Pacchoni* Obblig. I (A. ASCOLI).

RDI. XLIII (Deux. Série XIII). '11. 4: *Phillipson C.* Internat. Law, *Ferriman Z. D.* Home Life in Greece (D. C.); *Griech. Papyr. der Hamburger Stadtbibliothek*, *Thiele G.* Lateinkursus I, *Kalb W.* Spezialgrammatik, *Taschenwört. zum C. I. C.*[2], *Duquesne J.* Translatio iudicii, *Pflüger H. H.* Condictio, *Dernburg-Sokolowski* System I, *Luchsinger J. R.* Verschuldungsprinzip, *Pineles S.-Herzen N.* Questions, *Girard P. F.* Manuel [5], *Liebenam W.* Fasti consulares (G. C.). — 5-6: *Holdsworth W. S.* The Reception of R. L., *Fehr M.* Pfandrecht, *Wlassak M.* Röm. Einrede, *Lefèvre E.* Tribuns de la plèbe en procéd. civ., *Lévy-Bruhl H.* Témoignage instrum., *Rostowzew M.* Kolonat, *Schwarz A. B.* Hypothek, *Berger A.* Strafklauseln, *Koschaker P.* Bürgschaftsr., *Festgabe P. Krueger* (G. CORNIL). —— XLIV (Deux. Série XIV). '12. 2: *Girard P. F.* Mélanges I, *Meltzl V. v.* Abh. zur r. RG. VIII-XI (G. C.) — 3: *Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde, *Nouv. Revue histor. de droit* XXXV, *Eiselz F.* Studien, *Dernburg-Sokolowski* System II (ID.).

RDInt. VI (Seconda Serie I). '12. 1: *Phillipson C.* Internat. Law (E. COSTA).

RDiP. II. '10. 7-8: *Carlyle B. W.* e *A. J.* A History of the Mediaeval Political Theory.

RDM. a. LXXXII. Sixième période X. 4 (15 août). '12: PICHON R. Les questions féminines dans l'ancienne Rome.

RDP. XI (Terza Serie I). '10. 12: MAGRI F. Subbiettivismo criminale romano e anglo-amer. Ontologismo crimin. formalistico e determinismo crimin. meccanico.

REA. XIII (XXXIII). '11. 1: *Willems P. et J.* Droit publ. (C. JULLIAN). — 3: *Bloch G.* Plèbe (ID.). — 4: *Rostowzew M.* Kolonat (V. CHAPOT); *Mispoulet J.-B.* Diptyque de Philadelpie (C. JULLIAN). —— XIV (XXXIV). '12. 1: ROUSSEL P. Note sur un décret attique; BESNIER M. La question de la Table latine d'Héraclée.

REG. XXIV. '11. 2: *Bertolini C.* Bibliografia I-III (P. RAMADIER) *; *Braunstein O.* Die polit. Wirksamkeit der griech. Frau (G. GLOTZ); *Maspero J.* Catalogue général etc. Papyr. grecs I. 1 (A. JACOB); *Demis E.* Schuldenerbfolge (G. GLOTZ) — 4: REINACH A. J. Inscriptions d'Itanos; *Oxyr. Papyr.* VII, VIII (T. R.). —— XXV. '12. 1: REINACH A. J. Bulletin épigr. — 2: *Griech. Papyri in the British Mus.*, IV The Aphrodito Papyri (J. MASPERO); *Jouguet P.* Vie municipale (J. LESQUIER); *Id.* Papyrus de Théadelphie (G. FOUGÈRES); *Martin V.* Epistratèges (P. JOUGUET).

RF. III. '11. 5: DONATI B. Dottrina pitagorica e aristotelica della giustizia.

RFIC. XXXIX. '11. 3: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B* Staat (V. COSTANZI); *Bruck E. F.* Schenkung auf den Todesfall I, *Id.* Verfügungen von Todeswegen (ID.); *Rostowzew M.* Kolonat (C. LANZANI) — 4: CORRADI G. Ricerche ellenistiche (Πρύτανις, Συντρόφοι, Φυλακῖται); *Costa G.* Fasti consolari rom. I. 1 e 2 (G. CARDINALI). — XL. '12. 1: *Griech. Papyri... Giessen* I. 1 e 2 (D. BASSI); *Griech. Papyr. der Hamburger Stadtbibliothek* 1 (ID.); *Costa E.* Storia del dir. rom. priv. (F. CALONGHI) — 2: BARBAGALLO C. Critica e storia tradizion. della sedizione e del processo di M. Manlio Capitolino (cont.); LANZANI C. Ricerche sul tribunato di Livio Druso il giovane; *De Sanctis G.* Ἀτθίς (V. COSTANZI); *Jouguet P.* Papyrus de Théadelphie (D. BASSI); *Willems P.* Droit public[7] (E. S.) — 3: BARBAGALLO C. c. s. (fine).

* L'egregio recensente, con parole gentili di cui gli son grato, mi consiglia di aggiungere scritti di FERRINI, COLLARD, GILLIARD; ma ci sono già (*Bull.* a. XX pagg. 144, 118, 119).

*

RGD XXXV. '11. 4: DE LA GRASSERIE R. De la fongibilité jurid. (*vedi* 2 *e agg.* 3, cont.); PETIT E. Le dr. rom. et le dr. comparé (*Pineles S.-Herzen N.* Questions); *Michalon L.* Lieux de dépôt (P. LABORDERIE); *Velsen F. v.* Edictum (P. GUYOT). —— XXXVI. '12. 1: LABORDERIE P. Essai sur la répression civile du furtum. Esquisse de la condictio furtiva. — 2: ID. Essai doctrinal sur le droit civil. Critique de la théorie de Dumoulin sur les oblig. indiv.; CAUVIÈRE J. Le lien conjugal et le divorce, Le Bas-Empire; *Jouguet P.* Vie municip. (E. THUNOT); *Wetter P. van* Pand. V (V. TEISSIER). — 3: DE LA GRASSERIE R. Personnification et réalisation juridiques (cont.); CAUVIÈRE J. u. s. (cont.).

RGDIP. XVIII. '11. 3: *Phillipson C.* International Law.

RGLJ CXVIII a. LIX. '11[1]. 2: Revista de revistas jurídicas Italianas; *Messina S.* Los testigos en el proceso penal romano (F. GARCÍA DE CÀCERES). —— CXIX a. LIX. 11[2]. 3: *Zocco-Rosa A.* Instit. Palingen. II (P. DORADO). —— CXX a. LX. 1-2: *Id.* La tavola bronzea di Narbona (ID.).

RH. CVIII a. XXXVI. '11[3]. 1; Bulletin histor. Hist. grecque. Public. étrangères '10-11 (G. GLOTZ) — 2: Id. Antiq. latines. Publ. étrang. (CH. LÉCRIVAIN).

RHDES. IV. '11. 3: *Ciccotti E* Esclavage (G. TESTAUD).

RHE. XII. '11. 1 e 3: CALLEWAERT C. La méthode dans la recherche de la base juridique des premières persécutions.

RHL. X. 1. '11: FABIA PH. La municipalité de Lugdunum.

RHLR. II. '11. 4: MONCEAUX P. Les Actes des conciles donatistes ou antidonatistes (*vedi* 2 e 3, fine).

RHV. '08: SECRÉTANT E. F. La dépopul. de l'Empire rom. et les invasions german. —— '11: ID. La fin de l'Empire d'Occident.

RIB. LIV. '11. 1: HENEN P. L'Apologétique de Tertullien et le *Thesaurus linguae latinae.*

RIE. LXII a. XXXI. '11[2]. 10: *Bouché-Leclercq A.* Intolérance relig. (F. PICAVET). — 11: *Desserteaux P.* Capitis demin. (J. CARCOPINO) — '12: *Ciccotti E.* Esclav. (J. TOUTAIN).

RIL. Seconda Serie XLIV. '11. 9: PASCAL C. La deificaz. di Augusto — 13-14: DE FRANCISCI P. Intorno alle origini della manumissio in ecclesia. —— XLV. '12. 2: DE MARCHI A. L'*infrequentia*

nei comizi rom. — 3: Novati F. Il compilat. della *Lombarda* e gli influssi monastici sulla letterat. giurid. prebolognese; De Marchi A. Plebe e patriziato di Roma antica alla luce di un ricorso antico — 4: Visconti A. Lo svolgim. stor. della permuta nel dir. medievale [I] — 5: Id. Id. II; De Francisci P. Frammenti di un *Indice* del Digesto — 9: Albertario E. Il quasi-possesso dell'usufr. nella dottr. romana — 13: De Marchi A. La sincerità del voto nei comizi romani nel modo e nel momento della votazione.

RIS. XV. '11. 6: Caristia C. Cenni sui precipui fattori dominanti nella storia delle costituzioni; *Ferrari G.* L'obblig. letterale (G. Mengozzi). —— XVI. '12. 1: Beloch G. L'azione dell'individuo negli avvenimenti storici — 2: Barbagallo C. Gli studi di storia ant., greca e rom., in Italia.

RISG. L. '11. 1: *Beseler G.* Kritik d. röm. Rechtsquellen (E. Albertario); *Costa E.* Storia del d. r. priv. (Id.). — 2-3: Solazzi S. Errore e rappresent.; Carrara G. La caducità nell'enfiteusi; *Costa E.* Storia c. s., *Id.* Cicerone giurec. I (B. Brugi); *Appleton Ch.* La date des Digesta de Julien, *Berger A.* Dotis dictio, *Id.* Strafklauseln, *Lefèvre E.* Tribuns de la plèbe en procéd. civ. (A. Zocco-Rosa). —— LI. '12. 1-2: Besta E. Nuove vedute sul dir. pubbl. ital. nel medio evo; Rotondi G. La misura della responsabilità nell'actio fiduciae; *Rotondi G.* Gli atti in frode alla legge (D. Caporali).

RISS. LVI a. XIX. '11². 4: *Boucaud Ch.* L'influence du Christian. sur le dr. r. (*cfr. qui* pag. 311); *Costa E.* Storia del d. r. priv. —— LVII a. XIX. '11³. 2: *Kinkel J.* Die sozial. ökom. Grundlagen etc. Aristot. (C. G.). —— LVIII a. XX. '12¹. 2: Arena A. Il lavoro manuale e la Chiesa cattolica; *Salvioli G.* La Tripolitania fu il granaio di Roma? (In «Sunto delle Riviste»). —— LIX a. XX. '12². 4: *Hartmann L. M.* Zu K. J. Neumanns älterer röm. Gesch. (ivi).

RJC. '11 giugno-luglio: Marty y Miralles I. Spoliatus ante omnia restituendus.

RJLA. '10: De Valles A. L'espace aérien et sa démanialité.

RL. XXXVII. '10. 5: Boscassi A. L'Editto di Diocleziano.

RLT. Deux. Série V. '09: Deloume A. Rapport (... Cujas...).

RMPh. N. F. LXVI. '11. 3: Mess A. v. 'Αθηναίων πολιτεία u. die polit. Schriftstellerei. —— LXVII. '12. 2: Elter A. Zu Ps.-Xenophons

Staat der Athener — 3: STAHL J. M. Die εἰσφορά u. ihre Reform unter dem Archon Nausinikos.

RP. LXXIV (Quarta Serie XXIV) a. XXXVII (Q. S. XII). '11 2. 6: DE DOMINICIS F. Le leggi penali comiziali rom. sec. le loro fonti. — LXXV (XXV) a. XXXVIII (Q. S. XIII). '12 1. 2 e 3: MIRTO P. Il reato nel dir. rom.

RPh. N. S. XXXV. '11. 4: CUQ E. Addendum ad N. 2; *Maspero J.* Papyr. grecs d'époque byzant. I. 1 (ID.). —— XXXVI. '12. 2: *Francotte H.* Finances (M. BRILLANT); *Fitzler K.* Steinbrüche u. Bergwerke (CH. DUBOIS); *Mommsen Th.* Jurist. Schriften (A. MERLIN).

RPhAEA. XXXIII. '11. 3-4: REICH N. Eine ägypt. Urkunde üb. den Kauf eines bekannten Grundstücks; SPIEGELBERG W. Beiträge zu den demot. Rylands Papyri.

RPhil. XVIII a. XII. '12. 1: REVILLOUT E. L'égalité devant la mort dans l'Égypte romaine.

RPL. XLVIII. 10 2. 23: BRÉAL M. Variétés etymologique (Les riches et les pauvres à R.) —— XLIX. '11 1. 14: BRÉAL M. Variétés étymol. (...XII Tables, *adversum hostem* etc.); LOUIS P. La lutte des classes à Rome. —— XLIX. '11 2. 4: CHAIGNE G. Les femmes rom. et la politique — 6: LOUIS P. L'interventionnisme à R. — 19: ID. L'esclav. dans l'industrie antique. —— L. '12 1. 11: ID. Les capitalistes à R. — 14: Id. Les échanges sous l'Empire rom. —— L. '12 2. 4: CHAIGNE G. Autour du pont des suffrages.

RPo. 15 genn. '12: SALVIOLI G. La Tripolitania fu il granaio di Roma?

RQH. XC. (N. S. XLVI a. XLVI 1). '11 2. 2: Chronique d'hist. anc. grecque et rom. (M. BESNIER). —— XCI (XLVII a. XLVI 2). '12 1. 1: *Davis W. S.* Wealth (P. ALLARD) — 2: Chronique u. s.

RSH. XXII. '11 1. 1 e 2: BOISSONADE P. Les études relatives à l'hist. écon. de l'Espagne et leurs résultats — 3: LACOMBE P. Les études de M. Salvioli sur l'hist. de l'écon. rom. (Capitalisme). —— XXIII. '11 2. 1: CHAPOT V. Les rapports de l'Église et de l'État dans l'Empire rom. (*Bouché-Leclercq A.* L'intolérance relig.).

RSI. XXVIII (Quarta Serie X). '11. 2: *Barbagallo C.* Lo Stato e l'istruz. (F. CORRIDORE) — 3: *Pitzorno B.* Il d. r. nei documenti del ducato di Gaeta (G. S.) — 4: *Gelzer M.* Byzantin. Verwalt. (L. M.); *Chiappelli L.* Nuove ricerche su Cino da Pistoia (V. CIAN).

RSP. Troisième Série XXVI. '11. 2 e 4: ANDRÉADÈS P. Les finances byzantines (*cfr. qui* pag. 312).

RUB. XV a. '09-10. 10: ENGEL R. L'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui en dr. r. —— XVI a. '10-11. 6: NORDEN F. Le droit dans Apulée. —— XVII. '11-12. 2: *Martroye F.* Jurisdict. écclés. (L. L.).

RZZP. III. '10-11. 4: KOHLER J. Dientsbarkeiten alter u. neuer Zeit, I.

SALJ. XXX. '11. 4: MARS W. H. Crimina extraordinaria; MORICE S. T. Landlords Lien in Roman and Old Dutch Law.

SAM. '11. 8: WENGER L. Vorbericht üb. die byzant. Papyri.

SAW. 165. 6. '11: WILHELM A. Attische Urkunden I Tl., Urkunden des korinth. Bundes der Hellenen. —— 167. 1. '11: ID. Neue Beiträge zur griech. Inschriftenkunde. I Tl.

SECC. III. '11: MANCA G. Sulla natura giurid. dell' azione popolare. —— IV. '12. 2.; ARANGIO-RUIZ V. Le formule con la demonstratio e la loro origine.

SHA. '11. 8: GERHARD G. A. Ein gräko-ägypt. Erbstreit aus dem 2 Jahr. v. Chr. —— 12. 5: GOTHEIN E. Plato Staatslehre in der Renaissance.

SJ. VI. '09-10 7: *Binder J.* Plebs, *Kipp Th.* Quellen[3] (H. F. HITZIG) — 15: *Hitzig H. F.* Schwurgericht (H. L.) — 19: *Bruck E. F.* Schenkung auf den Todesfall I, *Partsch J.* Alienatio iudicii mutandi causa facta (H. F. HITZIG). —— VIII. '11-12 20: *Mayr R. v.* Röm. RG. I (H. REICHEL).

SM. '11. 1-2: ROSTOWZEW M. Rimskij Kolonat (*cfr. qui* a. XXIII pagg XXII e XXXIV).

SPA. '11. 38 (agg.): WILAMOWITZ-MOELLENDORFF U. v. u. ZUCKER F. Zwei Edikte des Germanicus auf ein Papyrus des Berliner Museums. —— '11. 47: MEYER E. Zu den aramäischen Papyri v. Elephantine.

SPP. X. '10: WESSELY C. Griech. Texte zur Topographie Aegyptens.

SPS. XI. '10-11. 3: HEYROVSKY L. Studie k civilnímu procesu římskému. I Iurisdictio mandata. II Vyloucení peregrinu z legisakci — 4: III Extraordinaria cognitio v Říme za principatu. —— XII. '11-12. 2: *Mitteis L. u. Wilcken U.* Papyruskunde (O. SOMMER). — 3-4

VANCURA J. K historii rímskych kondickcí (Contrib. alla storia della condictio rom.).

SSAC. IV. '11. 1-2: FRACCARO P. Ricerche stor. e letter. sulla censura del 184 [183] (M. Porcio Catone e L. Valerio Flacco); PIRRO A. Tacito e la persecuz. neroniana dei Cristiani — 3-4: FRACCARO P. I processi degli Scipioni; *Botsford G. W.* The Roman Assemblies (E. P.); *Preisigke F.* Girowesen (ID.); *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (P.); *Lefèvre E.* Tribuns de la plèbe (ID.). —— V. '12. 1-2: PAIS E. Circa la natura e l'età della Lex latina di Eraclea; ID. L'aspiraz. di Cesare al regno e l'opposizione tribunicia durante gli anni 45-44 a. C.

SSe. XXVIII (Seconda Serie III). '11. 1-2: DE FELICI A. Del reato di calunnia (La calunnia nel d. r.).

STAP. CLXXV (N. S. LXXXV) a. LXXI. '11 [1]. 4: LÉVY R.-G. Les finances athén. au ve siècle avant notre ère — 6: *Ciccotti E* Esclavage (IMBART DE LA TOUR). —— CLXXVII (LXXVII) a. LXXII. '12 [1]. 5: DESCHAMPS A. Aristote dans la critique du communisme de Platon.

SUVSCh. '09. 2: SCHJÖTT P. O. Studi di storia ant., III Da Dracone a Clistene. —— '12. 2: *Id.* Id., IV. *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat. (*Norvegese*).

Th. LXXII. 11'. 2: GOUDEKET J. Pottier en het annale bezit; NAP J. M. Het *partes secare* der Twaalf Tafeln en de sector in het Romeinsche recht.

ThQ. XCIV. '12. 3: BIHLMEYER K. Das Toleranzedikt des Galerius von 311.

TJFF. '09: ECKSTRÖM F. W. Om villkorliga rättsärenden, närmhast med hänsyn till romersk och nu gällande tysk rätt (Sui negozî giurid. condizionati, specialm. in riguardo al d. r. e all'odierno dir. tedesco).

TPAPhA. XL. '09: HUSBAND R. W. Race Mixture in Early Rome; HADZSITS W. D. D. The Theory of the Worship of the Roman Emperors; PLACE P. O. Notes on the Pompeian Election-Notices.

TR. XXIII. '10: DAHL F. J. Merkel. *Nekrol.* —— XXIV. '11. 3-4: ID. E. Hölder, H. F. Hitzig, F. Regelsberger. *Id.*; PLATON O., R. Dareste. *Id.* —— XXV. '12. 1-2: DAHL F. Conrat (Cohn) M. *Id.*

UPaLR. LX. '11 Dec.: SHERMAN CH. P. The Value of R. L. to the American Lawyer of Today.

VAA. XI. 4. '10: NAP M. J. M. Dateering en Rechtskarakter der

z. g. (Data e caratt. giurid. della così detta) lex Iulia municipalis (*cfr. qui* a. XXIII pag. XVII).

VSW. IX. '11. 3: THIBAULT F. Les clarissimes et la capitatio ou jugatio au Bas-empire romain. —— X. '12. 1-2: HARTMANN L. M. Zu K J. Neumanns älterer röm. Gesch.

WKPh. XXVIII. '11. 27: *Bruck E. F.* Verfüg. von Todeswegen (F. CAUER); *Bonner R. J.* Admin. of Justice ... Homer (C. HARDER) — 30-31: *Botsford G. W.* Boeotian League (H. SWOBODA); *Bruck E. F* Schenkung auf den Todesfall I (E. GRUPE); *Fitzler K.* Steinbrüche (A. WIEDEMANN); *Thiele G.* Lateinkursus I, *Kalb W.* Spezialgrammatik (E. GRUPE) — 33-34: *Barbagallo C.* Lo Stato e l'istruz (ID.) — 39: *Griech. Urkunden... Kairo* (K. F. W. SCHMIDT) — 40: *Martin V.* Épistratèges (A. WIEDEMANN) — 46: *Freudenthal M.* Condictio (E. GRUPE); *Hardy E. G.* Six Roman Laws (Id.). —— XXIX. '12. 6: *Ἀρβανιτόπουλλος Ἀ. Σ.*, Θεσσαλικαὶ ἐπιγραφαί (W. LARFELD) — 8: *Stöckle A.* Späträm. u. byzant. Zünfte (F. HIRSCH). — 21: *Willems P. et J.* Droit public (W. KALB) — 25: *Ἀρβανιτόπουλλος Ἀ. Σ.*, Inscript. inédites de Théssalie (W. LARFELD) — 33-34: *Francotte H.* Mélanges de dr. public grec. (F. CAUER); *Gradenwitz O. etc.* Ein Erbstreit (A WIEDEMANN).

WS. XXXIII. '11. 1: LEDL A Zum Drakontischen Blutgesetze; *Brassloff S* Die Archaismen in der Sprache des Juristen Modestin.

YLJ. XXI. '11: SHERMAN CH. P. Acquisitive Prescription.

ZDZ. XLI. '11-12. 3-4: KANN Gesamtbericht üb. die Literatur d. deutsch. Zivilprozesses für das Jahr '09, Gesch., Röm. R.

ZG. LXIV (N. F. XLIV). '10. 7-8: *Wolf H.* Gesch. des ant. Sozialismus (GÜTERSLOH). —— LXV (XLV). '11. 7-8: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat (F. HEUSSNER).

ZGH. LXIX (Dritte Folge X). '11. 4: PARTSCH J. Der griech.-röm Einschlag in der Gesch. des Wertpapiers.

ZIPOeR. XXII. '12. 3: *Phillipson C.* Internat. Law (E. RABEL).

ZK. XXXI. '10. 3: *Wilcken U.* Zum alexandr. Antisemit. (G. FICKER).

ZKTh. XXXIV. '10. 2: MAURER F. Arbeitslohn u. Honorar für sündhafte Handlungen III (...Exkurs üb. röm. Recht...).

ZMJ. '10. 5: *Eljaschewitsch W. B.* Juridiceskoe lizo [Pers. giurid.] (J. A. POKROVSKIJ).

ZMNP. '07: NETUSCHIL J. V. Pervij rimskii diktator (Il primo dittat. r.); POKROWSKIJ M. M. Ocerki po rimskoj istorii i literature (Studi di storia e letterat. rom.). —— '09. 6: WALDMAR A. J., K voprosu ob agrarnich sakonach Adriana (Intorno alla quest. delle leggi agrarie di Adriano).

ZNu. XXVIII '10. 3-4: *Cavaignac E.* Études sur l'hist. financière d'Athènes (R. WEIL).

ZOeG. LXII. '11. 4: *Leisi E.* Zeuge (A. LEDL); *Abele Th.* Senat (A. STEIN) — 5, 6, 7: SOLTAU W. Reiter, Ritter u. Ritterstand in Rom — 8-9: BRASSLOFF S. Zu Tacitus Germ. c. 14.

ZPOeRG. XXXVIII '11. 1-2: SCHULZ F. Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klass. röm. R; MAYR R. v. Baugläubigergesetz; *Studi in onore di B. Brugi* (A. BERGER) — 3-4: UNGER J. Krit. u. legislat. Erörterungen üb. Gewährleistung.

ZSS. *RA.* XXXII. '11: Probedruck zur Interpolationensammlung der Savigny-Zeitschrift vorgelegt von *L. Mitteis*; E. Hölder, H. F. Hitzig, *Nekrol.* (REDAKTION); ALBERTARIO E. L'uso class. e l'uso giust. di *extorquere*; KIRCHER R. Zur Gesch. des ravennat. Kaufvertrags; MITTEIS L. Stipulation u. Legat; PETERS H. Generelles u. spez. Aktionen; PFLÜGER H. H. Condictio ex iniusta causa; SALOMON M. Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten; SCHULZ F. Die Aktivlegitimation zur actio furti im klass. röm. Recht; WENGER L. Eine Schenkung auf den Todesfall — *Miszellen*: ALBERTARIO E. Note eseget. minime in materia di pegno; BRUCK E. F. Die Entstehung des griech. Testaments u. Platos Nomoi; DESSAU H. Zu dem neuen ägypt. Militärdiplom; EGER O. Agnitio bonorum possessionis vom Jahre 249 p. C.; GRADENWITZ O., D. 2, 14, 8 [Lenel Pap. 650]; KÜBLER B. Nochmals ἐπαφή; MAYR R. v. Ein Index plenus zum Codex Iustin.; MITTEIS L. Neue Urkunden; PETERS H. Brenkmanns Papiere zu Göttingen; SCHOTT R. Noch einmal die Litiscontestatio des Formularprozesses; WEISS E. Zur Gesch. d. röm. Anwaltschaft; WENGER L. Eidesformeln aus arabischer Zeit; ZOCCO-ROSA A. Un nuovo framm. del decreto di Gneo Pompeo Strabone relativo alla lex Iulia de civitate danda e la questione intorno alla costituzionalità di esso — *Literatur*: *Giorgi G.* Multe sepolcr. (E. ALBERTARIO); *Kniep F.* Der Rechtsgelehrte Gaius, *Id.* Gai instit. comm. I (M. FEHR); *Freundenthal M.* Condictio (ID.); *Mainzer R.* Aestimat. Injurienklage (P. Ko-

SCHAKER); *Nys E.* Le droit romain, le dr. de gens etc. (ID.); *Vassalli F. E.* Fisco (ID.); *Appleton Ch.* La date des digesta de Julien (E. RABEL); *Wlassak M.* Einrede (ID.); *De Ruggiero R.* Libri fondiari (ID.); *Rostowzew M.* Kolonat (O. EGER); *Moriaud P.* Famille paternelle (J. PARTSCH); *Pflüger H. H.* Condictio (J. PARTSCH); *Nicole J.* Procès de Phidias (ID.); *Costa E.* Storia del dir. rom. priv. (L. WENGER); *Ricca-Barberis M.* Sulle spese per i frutti pendenti (ID.); *Duquesne J* Translatio judicii (ID.); *Vernay E.* Servius (H. PETERS); *de Zulueta F.* De patrociniis vicorum (LEWALD); *Wirbel Ch.* Cognitor (L. WENGER); *Studi in onore di B. Brugi* (L. MITTEIS); *Schwarz A. B.* Hypothek (ID.). —— *GA.* XXXII. '11: MAYER E. Scholaskola; CONRAT (COHN) M. Ueb. eine fränkische Editionsformel; *Landsberg E.* Gesch. d. deutsch. RW. III. 2 (O. v. GIERKE); *Mayer E.* Ital. Verfassung (H. NIESE). —— *C. A.* I. '11. 1: CONRAT (COHN) M. Westgoth. u. kathol. Auszüge des 16 Buches des Theodosianus.

ZVR. XXVI. '12: *Griech. Papyr. zu Giessen* 1-2, *Iurisprud. anteiust.* (J. KOHLER).

CESARE BERTOLINI.

INDICE DEL VOLUME XXIV

GIOVANNI ROTONDI. — Natura contractus . . . . . Pag. 5

SOLAZZI SIRO — Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano) (*Continuazione*) 116

ILARIO ALIBRANDI. — Intorno alla obbligazione naturale del pupillo contraente « sine tutoris auctoritate ». 170

FILIPPO VASSALLI. — Frammento di un Indice del Digesto . . 180

VINCENZO ARANGIO-RUIZ. — Rivista di papirologia giuridica per l'anno 1910 204

Necrologie — LODOVICO ZDEKAUER. Necrologia di Max Conrat 277

Bibliografia. — C. BERTOLINI 281

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XXV - FASC. I

L'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO ha sede presso la FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA.

Dovranno essere inviate a quest'indirizzo tutte le comunicazioni concernenti l'amministrazione del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, le opere, le pubblicazioni e le riviste.

Gli articoli da inserire nel *Bullettino* e le note scientifiche dovranno essere dirette al segretario perpetuo prof. VITTORIO SCIALOJA: *Piazza Grazioli, 5, Roma*.

Si raccomanda vivamente agli scrittori ed editori di opere di Diritto Romano di inviare le loro pubblicazioni al nostro Istituto, che ne darà annunzio nel *Bullettino* e delle più notevoli farà una recensione.

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

presso la Facoltà Giuridica

della R. Università

1912

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XXV - FASC. I

SOMMARIO

ALBERTARIO E. — L'origine post classica del possesso dell'usufrutto Pag. 5

ALBERTARIO E. — Variazioni di responsabilità nell'« actio depositi » derivanti da patto 15

ROTUNDI G. — La responsabilità dell'« heres tutoris » per fatto del suo autore 43

Recensioni:

A. BERGER — Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden (rec. G. BORTOLUCCI) 59

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del ***Bullettino*** rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma: Piazza Grazioli, 5, Roma.

☞ Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE,** le quote dei soci e gli abbonamenti rivolgersi all'***Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano,*** **PRESSO LA FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA.**

Per gli abbonamenti nei **Paesi Bassi,** negli **Stati Uniti d'America** e nell'**Africa del Sud** rivolgersi al libraio:

MARTINUS NIJHOFF 'S-GRAVENHAGE — L'AIA (OLANDA).

Gli editori e gli autori, che desiderano annunzi o cenni bibliografici delle opere pubblicate, sono pregati a volerle inviare all' Istituto (*presso la FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA*).

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XXV

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

presso la Facoltà Giuridica

della R. Università

1912

L'ORIGINE POST CLASSICA

DEL POSSESSO DELL' USUFRUTTO [1])

Il Perozzi sostenne [2]) – e con una vigorosa indagine rese verosimile – la tesi che l'idea del possesso delle servitù, sconosciuta alla giurisprudenza classica, fosse nata soltanto con Giustiniano.

L'indagine del Perozzi si arrestò dinanzi ai testi che accennano al possesso dell'usufrutto: dimostrata l'alterazione, subìta per opera dei compilatori giustinianei, dei testi relativi al possesso delle servitù prediali [3]), dovevasi logicamente ammettere anche l'interpolazione dei testi relativi al possesso dell'usufrutto. Di arrivare a questo punto il Perozzi ebbe paura. Ed allora per salvare la logica, di cui egli sentiva tutto il peso, affermò non esser delineato in questi testi il concetto del possesso dei diritti come concetto parallelo al possesso delle cose: le espressioni *possidere, quasi possidere, possessor*, e così via, nel campo dell'usufrutto sarebbero espressioni innocenti, che non attestano l'esistenza dell'istituto del *quasi-possesso*, del *possesso dei diritti*, la cui origine egli, per la prima volta, rompendola energicamente con una tenace tradizione, faceva risalire a Giustiniano.

A me pare certo che quei testi contengano espressioni tutt'altro che innocue; ma mi pare altrettanto certo che essi siano il frutto di una elaborazione posteriore.

[1]) Riassumo sotto questo titolo le linee generali di uno studio che lessi all'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere nell'adunanza del 25 aprile 1912 su *Il quasi-possesso dell'usufrutto nella dottrina romana.*

[2]) *I modi pretorii d'acquisto delle servitù*, in *Riv. it. p. l. sc. giur.*, 1897, pp. 1-57 e 167-187.

[3]) Alcuni testi il Perozzi spiegò come quelli relativi al possesso dell'usufrutto: per la loro interpolazione cfr. ora Albertario, *La protezione pretoria delle servitù romane*, in *Filangieri*, 1912.

Che non siano espressioni innocue, risulta sopratutto dal fr. 23 § 2 D. 4. 6 di Ulpiano, che dice così:

«Item ei qui per captivitatem fundi possessionem [*vel usus fructus quasi possessionem*] amisit, succurrendum esse Papinianus ait».

L'inciso [*vel usus fructus quasi possessionem*] toglie ogni dubbio. L'antitesi tra *fundi possessio* e *usus fructus quasi possessio* lascia chiaramente scorgere la figura della *possessio iuris* collocata accanto alla *possessio* classica. Quell' antitesi, in fatti, si risolve nell' altra tra *fundus* e *usus fructus*, cioè tra *cosa* e *diritto*.

Che questo e gli altri testi, d'altronde, accennanti al possesso dell' usufrutto, siano il prodotto di una elaborazione posteriore, può essere - a mio avviso - agevolmente dimostrato.

Nel testo ora veduto l' inciso [*vel usus fructus quasi possessionem*] ha tutto l'aspetto emblematico ed è stato, facilmente, suggerito ai compilatori dalla menzione dell' *usus fructus* che è successivamente fatta nel testo.

Il fr. 3 D. 7. 6 di Giuliano ha indizi linguistici chiari. Esso avverte:

«Qui usum fructum [*traditum*] sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore, quanto, si [*legitime*] eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: [*est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem dumtaxat usus fructus, non etiam dominium adepti sint*]».

La parte finale di questo fr. contiene una considerazione dei compilatori. Lo rivelano il passaggio dal singolare al plurale (prima: qui... amissurus fuerit - actionem... habere non debet; poi: *plus iuris habere eos - possessionem... adepti sint*); l' uso di *dumtaxat; est absurdum*; la strana espressione *usus fructus dominium*, contrapposta a *usus fructus possessio*. Trattasi di un testo, recentemente appuntato di interpolazione anche dal Beseler [1]).

Il fr. 27 D. 39. 5 di Papiniano ha indizi, oltre che formali, anche sostanziali di interpolazione.

«Aquilius Regulus iuvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: "quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo

[1]) *Beiträge*, II, p. 6.

cenaculo eoque uti." Defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus, et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse[1]). [*Quod si expulsus Nicostratus veniat ad iudicem, ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus, qui usum cenaculi accepit*] ».

L'interpolazione di tutto questo periodo, chiuso tra parentesi quadre, mi sembra molto facile provare. *Quod si - veniat ad iudicem - constitutus*, che è la traduzione greca dell'ὤν - sono già indizi non lievi. Ma indizio più grave è il notare che questo periodo contempla *una ipotesi di fatto nuova*, sulla quale Papiniano non era chiamato a decidere. La risposta alla fattispecie presentata al giureconsulto era già esaurita. Inoltre, indizio sostanziale gravissimo è l'espressione « *ad exemplum interdicti... defendendus erit* », che può essere usata soltanto da chi non conosce più alcuna differenza tra azioni e interdetti, da chi chiama e considera anche gli interdetti come azioni, cioè da Giustiniano[2]). Questa stessa espressione in testi del Codice (VIII. 1. 3; VIII. 4. 2; VIII. 4. 4) è stata dichiarata compilatoria già dall'antica esegesi[3]).

Il fr. 3 § 17 D. 43. 16 contiene una interpolazione curiosa. Esso dice:

« Qui usus fructus nomine qualiterqualiter fuit [*quasi*] in possessione, utetur hoc interdicto ».

Giustiniano ha interpolato « *quasi* ». Perchè il giureconsulto doveva scrivere « *quasi in possessione?* ». No: egli scriveva « *in possessione* » e così scrivendo non riconosceva un caso di possesso.

I classici distinguono per l'appunto costantemente tra *possidere* e *esse in possessione*. Giustiniano, che non sa valutare esattamente il senso di questa antitesi[4]), si serve del testo per la sua teoria della

[1]) Per le alterazioni che questa prima parte del fr. può avere subìto, cfr. BESELER, *Beiträge*, II, p. 25.

[2]) Cfr. ALBERTARIO, *Actio e Interdictum*, Nota esegetica, Pavia, 1911, largamente rielaborata ed ampliata in *Contributi allo studio della procedura civile giustinianea*, I, in *Riv. it. p. l. sc. giur.*, 1912.

[3]) WISSEMBACH, *Emblemata Triboniani*, pp. 423 e 428.

[4]) Cfr., ad es., fr. 5 pr. D. 36. 4, un fr. molto verosimilmente interpolato, e su di esso ALBERTARIO, in *Zeitschr. d. S. S. f. Rechtsg.* (1911), p. 317.

quasi possessio e, onde darle preciso risalto, vi aggiunge il « *quasi* ». L'espressione « *quasi in possessione* », anche ammesso per un momento che il quasi-possesso dell'usufrutto già nel diritto classico esistesse, sarebbe *veramente senza senso*.

Non insisto sulla frase « *idem erit probandum et si usus fructus quis sibi defendat possessionem* », contenuta nel fr. 4 D. 43. 17, perchè la sua interpolazione fu già dimostrata, or non è molto, con vigore di critica dall'Arangio-Ruiz [1]).

Un ostacolo grave per la mia tesi sembra messo innanzi da un passo delle Istituzioni di Gaio, in cui si accenna alla *quasi possessio*. e in cui l'accenno deve riguardare appunto - come avverte anche il Perozzi - l'usufrutto.

Se non che a me pare di poter dimostrare (prescindendo dal risultato già raggiunto attraverso i testi delle Pandette) che l'inciso « *aut quasi possessione* » in Gaio 4. 139 sia un tardo glossema. La recentissima critica delle fonti, auspice principalmente il Kniep, ed avente in Germania una più tosto larga e vigorosa corrente, è disposta a vedere forse con facilità eccessiva glossemi nel manoscritto veronese delle Istituzioni gaiane. Ma è indubitato - ed era anche per l'innanzi ritenuto - che glossemi vi siano ed io credo che l'inciso « *aut quasi possessione* » sia uno di questi. Ne espongo qui, sommariamente, i motivi.

Richiamiamo, intanto, il testo.

Gaio 4. 139: « Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit: quod tum maxime facit, cum de possessione [*aut quasi possessione*] inter aliquos contenditur ».

Ora, io faccio i seguenti rilievi. Se l'inciso [*aut quasi possessione*] fosse gaiano, nei successivi paragrafi che vanno dal 143 al 154, in cui Gaio parla degli interdetti concessi *vel adipiscendae possessionis causa vel retinendae vel reciperandae*, dovrebbe anche accennare agli interdetti tutelanti quella *quasi possessio*, di cui aveva parlato nel § 139, non a quelli tutelanti solamente la *possessio*. Se non vi accenna, vuol dire che egli nel § 139 parlava di *possessio* solamente.

Qualcuno obbietterà: perchè il glossatore intruse « *aut quasi pos-*

[1]) *La struttura dei diritti sulla cosa altrui*, ecc., in *Arch. giur.*, 1908 (81) e 1909 (82), p. 130 (estr.).

sessione » nel § 139, e non menzionò poi nei paragrafi successivi (143-154) gli interdetti che alla *quasi possessio* si riferivano, cioè l'*utile* interdictum uti possidetis e l'*utile* interdictum unde vi, concessi per proteggere quella *quasi possessio*, cioè l'usufrutto? Rispondo. L'obbiezione è soltanto un ammonimento. Un ammonimento salutare a farci ritenere - quando un'alterazione dei principî classici viene constatata - che non è *per solito* Giustiniano che innova, ma l'epoca romano-ellenica che ha innovato: a farci, insomma, indietreggiare un poco nel tempo. Il concetto dell'*universitas* sulla base del quale Giustiniano crea la *successio in singulas res* a cui contrappone la classica *successio in ius*, da lui chiamata *successio in universum ius*, ebbe una formazione scolastica, come dimostrano i frammenti d'Autun, che ha richiamato il Bonfante [1]). Questo glossema « *aut quasi possessione* » intruso in Gaio 4. 139 ci avverte che la costruzione della *possessio iuris*, collocata - come concetto parallelo - accanto alla *possessio* classica, è stata fatta prima di Giustiniano, sotto l'influenza della nuova epoca e del nuovo ambiente ellenico, in cui il diritto romano maturò il suo ultimo sviluppo, il che è dire: subì il suo grande mutamento. Ora, se la *quasi possessio* era già un istituto sbocciato dal tronco del diritto romano-ellenico, si può ben pensare che già questo diritto concedesse all'usufruttuario gli interdetti uti possidetis e unde vi *non più in via utile*, come nel diritto classico avveniva; ma direttamente, come consentiva il nuovo istituto della *possessio iuris*. Le interpolazioni giustinianee, relative a questo punto, sarebbero - come infinite altre - non nuove rispetto al diritto romano-ellenico, ma invece - e per l'appunto - maturate da questo diritto.

Così intesa - come mi sembra che debba essere la cosa - nessuna meraviglia che il glossatore, il quale nel § 139 intruse « *aut quasi possessione* », non senta il bisogno di menzionare gli interdetti, a questa *quasi possessio* riferentisi, nei successivi §§ 143-154. Per il glossatore sono già menzionati. L'interdetto uti possidetis e l'interdetto unde vi che Gaio riferiva alla *possessio*, il glossatore nella sua mente riferisce anche alla *quasi possessio*: gli interdetti dell'usufruttuario erano diventati quelli del possessore.

È utile poi richiamare il confronto fra Gai. 4. 153 e Inst. 4. 15. 5:

[1]) Cfr. *Rend. Ist. Lomb. di sc. e lett.*, 39, 1906.

Gai.

Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus: per eos quoque, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus, aut quibus (*usumfructum vel usum con*)stituerimus [così Huschke: invece Seckel, Kübler, Baviera: aut quibus gratuitam habitationem praestiterimus], ipsi possidere videmur: et hoc est, quod volgo dicitur, retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione.

Inst.

Possidere autem videtur quisque non solum, si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus: per eos quoque, apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur: et hoc est, quod dicitur retinere possessionem posse per quemlibet, qui eius nomine sit in possessione.

Nel paragrafo delle Istituzioni gaiane si dice che l' abitatore (secondo la ricostruzione - a mio avviso bene fondata - dell' Huschke [1]), anche l' usuario e l' usufruttuario), sono annoverati tra coloro che possiedono *nomine alieno*, cioè che non hanno alcun possesso.

Mi pare che non si possa spiegare ciò, se non ammettendo che « *aut quasi possessione* », allusivo all' usufrutto, nel precedente § 139 sia un glossema. Tanto è vero che le Istituzioni di Giustiniano non annoverano nè abitatore nè usuario nè usufruttuario tra coloro che *alieno nomine* possident. L' Huschke di questa ommissione giustinianea dà una spiegazione - se ben si guarda - comoda ed anche un pochino comica. Giustiniano - egli avverte - salta questi esempi per *brevità*: Giustiniano - io dico - li salta per *necessità*.

Terzo rilievo. Gaio nelle sue Istituzioni (2. 31) ricorda come modo di costituzione delle servitù pretorie solo le *pactiones et stipulationes*.

Se il quasi possesso dell' usufrutto era già sorto, doveva anno-

[1]) Cfr. le sue osservazioni fatte nell' *ed. 1886*, p. 397, nota.

verare - come Giustiniano annovera - la *traditio*. Questa mancanza di un accenno gaiano alla *traditio* impensierisce H. Krüger che, per salvare la genuinità dell'accenno alla *quasi possessio*, affaccia una congettura - a mio modesto avviso - veramente fantastica. « Wenn Gaius trotzdem die traditio unerwähnt lässt, so dürfte diese Tatsache daraus zu erklären sein, dass seiner unmittelbaren Vorlage und unsomehr dem Grundstock des Institutionenwerkes die traditio servitutis ein unbekannter Begriff war »[1]. Ma questo « *Grundstock* » delle Istituzioni esisteva solo per il libro 2°, non anche per il libro 4° ? Il tentativo di spiegazione affacciato dal Krüger è un ardimento congetturale e niente più.

Queste osservazioni io credo sufficienti per indurre a ritenere che l'inciso gaiano sia un glossema[2].

A corroborare la mia tesi, che sostiene l'origine post-classica del possesso dell'usufrutto, giova un altro argomento.

Non vi è *deiectio* se non vi è possesso: *nec alius deici visus est quam qui possidet* (fr. 1 § 23 D. 43. 16). Questo principio mantiene anche Giustiniano.

Orbene, dei testi, in cui si dice che alcuno può essere *deiectus* dall'usufrutto, la interpolazione è dimostrabile. Basterebbe richiamare il fr. vat. 91, che nega esplicitamente che l'usufruttuario possa essere deiectus (*qui uti frui prohibitus est, proprie deiectus dici non potest*), per ritenere la loro alterazione. Ma ognuno di quei testi ha, già per sè, indizi della sua origine compilatoria.

Il fr. 1 § 9 D. 46. 16 « Deicitur is qui possidet [*sive civiliter sive naturaliter possideat*]... » è stato ritenuto interpolato, con una profonda esegesi, dal Riccobono[3]. I compilatori fabbricarono l'inciso « *sive civiliter sive naturaliter possideat* » in modo da far rientrare nell'orbita della *possessio naturalis*, che per loro è vero e proprio possesso, l'usufrutto.

Il fr. 9 § 1 D. eod. è pure alterato.

« [*Deiectum ab usu fructu in eandem causam praetor restitui*

[1]) *Die prätorische Servitut*, Münster i. W. 1911, p. 106.

[2]) L'idea che « *aut quasi possessione* » sia un glossema manifestò recentemente anche il Perozzi, *Ist.*, I, p. 560, n. 1, per quanto in forma dubitativa.

[3]) *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse*, in *Zeitschr. der S. S. f. Rechtsg.*, 1910.

iubet, id est in qua futurus esset, si deiectus non esset. itaque si tempore usus fructus finitus fuerit, postquam deiectus est a domino, nihilominus cogendus erit restituere, id est usum fructum iterum constituere] ».

Questo paragrafo è tutto, a mio avviso, compilatorio. « *In eandem causam* », mentre è detto poco prima « *qua de causa* » avente tutt' altro significato: la cacofonia « *futurus esset, deiectus esset* », infilzati l' uno dopo l' altro: la sequela degli *id est*: il *cogendus* senza soggetto: la superfluità di tutta l' ultima frase, e così via.

Il fr. 3 § 14 D. eod. deve seguire la stessa sorte dei precedenti.

« Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui [*vi deiecit*] utentem et fruentem [*aut*] non admisit, cum ex fundo exisset non usus fructus deserendi causa ».

L' interpolazione delle parole chiuse tra parentesi è limpida. Se così il giureconsulto avesse scritto, avrebbe scritto una sciocchezza. *Prohibitus* si sapeva bene che era l'usufruttuario cacciato via dal godimento della cosa usufruttuaria *vi*: non era chiamato *deiectus*, perchè questa terminologia giuridica era solamente applicata allo spoglio del *possesso*. Perchè dunque il giureconsulto avrebbe scritto: sarà *prohibitus* colui che sarà *deiectus*? Egli voleva, invece, avvertire che la *prohibitio* si può esercitare non solo nell' ipotesi più frequente, fatta manifesta dal significato stesso della parola, ma anche in altra ipotesi. È *prohibitus* anche chi non è ammesso nel fondo che lasciò *non usus fructus deserendi causa*. Giustiniano che tra possesso e usufrutto, tra *deiectio* e *prohibitio* non distingue più, vi aggiunge quel « *vi deiecit* » per farci intendere bene che ora la *deiectio* è parola tecnica anche per l' usufrutto.

Non c' è che dire: questa volta Giustiniano è padrone di una mirabile logica!

A questo argomento si può aggiungere quello ricavato dalla terminologia. I classici contrappongono precisamente il possesso al *ius utendi fruendi*, il *possidere* all'*in possessione esse* dell' usufruttuario. L'usufruttuario non possidet, *sed magis tenet*: non possidet, *sed potius fruitur; naturaliter possidet.* [1])

E il Riccobono [2]) dimostrò, togliendo di mezzo alcuni testi chia-

[1]) Cfr. Gai, 2. 93; *Vat. fragm* 90; fr. 1 § 8 D. 43. 3; fr. 6 § 2 D. 43. 16.

[2]) Loc. cit.

ramente interpolati, che « *naturalis possessio* » nel diritto classico è sempre e solo la detenzione.

Non osta alla mia tesi il rilevare che per la *possessio* dell' *ager publicus* la terminologia ufficiale sembra essere « *habere possidere* », oppure « *habere possidere frui* ». Queste forme pleonastiche possono essere facile fonte di equivoci. Il veder collocato accanto al *possidere* l' *habere*, oppure l' *habere frui*, non vuol dire che questi tre verbi chiudano una *giuridica identità di concetto*. « *Habere* », « *habere frui* », adoperati non in combinazione con « *possidere* », non hanno quel significato, di cui essi, *mediante quella combinazione*, rendono - per dir così - solamente l' immagine esteriore, di fatto.

I testi classici contrappongono appunto - come ho osservato - il *possidere* al *frui*. La contrapposizione, poi, tra il *possidere* e l' *habere* è accennata in due interessanti testi, in cui si indica con « *habere* » nientemeno che il godimento del conduttore e del depositario. [1])

Accettando questa tesi, la *quasi possessio* o *possessio iuris* risulta chiaramente - nel concetto e nella terminologia - un frutto della matura epoca romano-ellenica, che un tardo glossatore fa timidamente penetrare nelle Istituzioni di Gaio; che i compilatori giustinianei fanno penetrare largamente nei testi delle Pandette. Tra il diritto classico e il diritto giustinianeo non esisterebbe più quella specie di transazione che il Perozzi lasciava sopravvivere [2]): vorrei sperare che nella dottrina romanistica si dissiperà quell' incertezza che lo scritto del Perozzi ha qua e là lasciato [3]).

A vieppiù convincermi del buon fondamento di questa tesi, di cui da principio credo d'aver ben saputo misurare la difficoltà e l'audacia, sta il fatto che il modo di costruire gli istituti col « *quasi* » pare proprio, dopo i più recenti studi, non classico.

Non classica è l' actio *quasi* Serviana, come ha dimostrato il Fehr [4]). Non classica l' actio *quasi* institoria, come enunciò già il Bon-

[1]) Cfr. fr. 2 § 38 D. 43. 8 e fr. 38 § 9 D. 45 1.

[2]) L' illustre romanista, che gentilmente vide il mio studio prima di essere letto all' Istituto lombardo, mi si dichiarò lieto di constatare così ampliata e meglio determinata la sua tesi.

[3]) Così, ad es., nel PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II.

[4]) *Beiträge zur Lehre von dem roem. Pfandr. in der kl. Zeit*, Upsala, 1910.

fante [1]) ed io, nonostante i recenti acuti dubbi del Solazzi, ho cercato dimostrare [2]); non classica la terminologia « *quasi* ex contractu », « *quasi* ex delicto », come osservò il Perozzi [3]); non classico il peculio *quasi* castrense, come è universalmente noto.

Le espressioni: actio *quasi* poenalis [4]); actio *quasi* tributoria [5]), actio *quasi* tutelae [6]), actio *quasi* interrogatoria [7]) sono chiaramente interpolate.

Non altrimenti dicasi del « *quasi* usus fructus », a cui accenna il fr. 1 § 6 D. 43, 18 [8]) e della « *quasi* servitus », che fa capolino nel fr. 1 § 23 D. 39. 3 [9]), della « *quasi* novatio », che è ricordata nel fr. 44 § 6 D. 44. 7. [10]). Il « *quasi* usus fructus », indicato nel fr. 2 § 1 D. 7. 5, è forse bizantino, come crede il Segrè [11]).

Non c'è un istituto costruito col « *quasi* », che non sia o sicuramente giustinianeo o assai probabilmente non classico [12]).

Mi sembra che da questa constatazione la mia tesi possa ricevere forza e luce.

29 aprile 1912 Dott. EMILIO ALBERTARIO.

[1]) *Comm. alle Pandette del Glück*, ll. 14. 15, tr. it., contronota *t*; *Istituzioni*, 4ª ed., pp. 162 e 359; Lezioni, 1907, parte II, p. 71 e sg.

[2]) *L'actio quasi institoria*, Pavia, 1912. Manifestarono in lunghe comunicazioni private di aderire alla mia tesi, pur facendo critiche su testi e punti speciali, il LENEL, il FEHR, il BESELER e il RABEL. Il SOLAZZI mi avverte che la mia tesi sostanzialmente non l'ha persuaso, ma non sembra ora avere difficoltà neppur lui ad ammettere che la terminologia « actio *quasi* institoria » non sia classica.

[3]) *Le obbligazioni romane*, p. 144 segg.

[4]) Cfr. fr. 1 § 4 D 25. 6. L'interpolazione appare evidente. Su essa io avrò occasione d'insistere in un prossimo scritto sulle *actiones mixtae*, che rappresentano, secondo me, una terminologia ed un concetto giustinianeo.

[5]) Cfr. fr. 6 pr. D. 14. 1 e su di esso ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*.

[6]) Cfr. fr. 52 pr. D. 15. 1 e su di esso FERRINI, *ed. mil. del Digesto*, e ALBERTARIO, loc. cit.

[7]) Cfr. fr. 22 pr. D. 11. 1 e su di esso SEGRÈ, in *Mélanges Girard*, 1912.

[8]) Cfr. BAVIERA, *La legitt. pass. nell'a. a. pl. arc.* in *St. giur.*, I, 1909; BESELER, *Beiträge*, I, 1910; ALBERTARIO, *Il pegno della superficie*, ecc. Pavia 1911.

[9]) Cfr. H. KRÜGER, *Die prätorische Servitut*, Münster i. W. 1911, p. 62 e sg., e BESELER, *Anzeige* in *Liter. Zenbralblatt*, 1912 (4), p. 123.

[10]) Cfr. B. I. D. R. 21, p. 86.

[11]) Cfr. B. I. D. R. 19, p. 197, n. 3.

[12]) Naturalmente tutti i testi, sotto questo aspetto interessanti, hanno bisogno di essere ancora particolarmente studiati. L'*Handlexicon* di HEUMANN-SECKEL (1907) ne raccoglie già molti. Il *Voc. berl.* permette anche qui lo studio completo.

VARIAZIONI DI RESPONSABILITÀ

NELL' "ACTIO DEPOSITI" DERIVANTI DA PATTO

Il punto, di cui intendo occuparmi, è stato piuttosto fugacemente studiato e ad ogni modo non sicuramente deciso, non ostante la vera fioritura di studii che l'istituto romano del deposito ha nell'epoca recente suscitato [1]).

I.

La responsabilità del depositario poteva nel diritto romano aumentarsi per patto?

Non ne dubita il Segré [2]); riconosce l'efficacia di questo patto - però solo quando si faccia luogo all'*actio in ius* - il Rotondi [3]). Io credo che un completo esame dei testi possa condurre a ritenere che questo mezzo di aumentare la responsabilità del depositario, ignoto ai giureconsulti classici, sorga nella tarda epoca romano-ellenica e penetri soltanto per mezzo dei compilatori nei frammenti e nelle costituzioni delle fonti romane. Nell'epoca classica il depositario era responsabile per il dolo: nessun patto poteva mutare la misura di

[1]) Cfr. gli eleganti e diligenti scritti di G. Rotondi, *Contributo alla storia del contr. di dep. nel dir. rom.*, in *Riv. ital. per le sc. giur.* 1908; *Appunti sulla teoria romana del deposito*, in *Filangieri* 1909; *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *Arch. giur.* 1910: R. Taubenschlag, *Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht*, nella *Grünhut's Zeitschrift*, XXXIV (1907) pag. 683-724, e XXXV (1908) pag. 129-170. Un bel contributo esegetico è lo scritto del De Ruggiero (R.), *Depositum vel commodatum*, in *Bull. dell' ist. di dir. rom.*, 1907. Il deposito irregolare è poi stato oggetto di speciali interessanti ricerche del Longo (C.), *Appunti sul deposito irregolare*, in *Bull. dell' ist. di dir. rom.* (1908); del Naber, in *Mnemosynae*, 34 (1905) e del Segré, in *Bull. cit.* (1907).

[2]) *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi per Fadda* (1906), VI, p. 350, n. 1.

[3]) *La misura della resp. nell'actio depositi*, p. 31 (estr.).

questa fissa e rigida responsabilità: nell' epoca posteriore - nell'epoca giustinianea, sopratutto - a prescindere dall' allargamento che la responsabilità ha subito coll' estendersi alla *culpa lata* e alla così detta colpa in concreto [1]), il depositario poteva esser tenuto responsabile anche per la *colpa* ed anche per il *caso,* se ciò aveva pattuito.

I testi, sui quali occorre portare la nostra indagine, sono i seguenti:

fr. 1 § 5-8 D. 16. 3 (Ulp. l. 30° ad ed.):

« Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est. [*Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est*]. Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto ».

Ho riferito estesamente questo fr., perchè salterà subito agli occhi come tutta la parte centrale, che io ho chiusa fra parentesi, abbia l' aria di essere stata intrusa nel discorso del giurista. Se nella lettura si ommette questa parte, il discorso cammina senza far salti.

Del resto, *quasi tutta* la parte centrale di questo fr. è stata già ritenuta interpolata. Il principio: « *contractus enim legem ex conventione accipiunt* » è stato riconosciuto tribonianeo dal Pernice [2]) e dal Perozzi [3]) ed è una di quelle interpolazioni di cui ora la scienza romanistica non può dubitare [4]).

La frase: « *nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est* » è stata sottilmente at-

[1]) Per quest'ultima cfr. il celebre fr. 32 D. 16. 3. In alcuni testi si parla senz'altro di responsabilità per « *culpa* »: fr. 3 D. 16. 3; fr. 11 D. eod.; fr. 62 § 7 D. 47. 2: tutti interpolati. Per i primi due v. ROTONDI, loc. cit., p. 13, che si richiama al FERRINI, al PERNICE, al MITTEIS. Per il terzo v. EISELE, *Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars* in *Arch. f. civ. Praxis*, 84, p. 328 sgg.

[2]) *Labeo*, III, 1, p. 23, n. 4.

[3]) *Le obbligazioni romane*, p. 35, n.

[4]) Cfr. SEGRÈ, op. cit., p. 351, n., e ROTONDI, op. cit., p. 31.

tribuita ai compilatori dal Segré [1]). Più recentemente il Beseler [2]) attribuisce ad essi, adducendo soddisfacenti motivi, tutto il periodo: « *illud non probabis - sequenda est* ».

In conclusione, non ancora sospetta è solamente la frase: « *Si convenit ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio* »: cioè la frase, che per la nostra indagine ha sopra tutto importanza. Ma, anche a non tener conto della osservazione già fatta da me in principio, che induce a vedere anche qui la mano dei compilatori, la sua origine bizantina si può dimostrare con altri indizi. La frase: « *contractus* ENIM *legem ex conventione accipiunt* », adduce il motivo (*enim*!), per cui è valido il patto di prestare la colpa nel deposito: difficilmente questa frase potrebbe esser stata collocata lì dai compilatori, se ad essi non appartenesse anche l' affermazione precedente. Quella frase è strettamente dipendente da questa affermazione. Tanto più che il giurista, se l'affermazione fosse sua, avrebbe dovuto giustificarla: e in questa ipotesi, dovremmo credere che i compilatori cercarono solo di sostituire quella loro motivazione a quella del giurista? La cosa non si presenta verosimile. Si avverta, del resto, che l'inciso « *in deposito* » è sospetto: i testi classici dicono « *in re deposita* » e « *in causa depositi* » [3]). Il sospetto è stato avanzato dal Rotondi per il fr. 32 D. 16. 3 [4]): io credo che sia facile dimostrare l'origine compilatoria di quell' inciso in tutti gli altri luoghi delle fonti.

L'interpolazione, intanto, dell' inciso « *in deposito* » nel fr. 32 cit. deve ritenersi sicura, perchè questo fr. di Celso porta l' iscrizione: *libro XI digestorum*: e nel libro undecimo Celso non trattava del deposito ma della tutela.

Così altrettanto sicura oramai è l'interpolazione del fr. 31 D. 19. 2: [*idem iuris esse* IN DEPOSITO, ecc.], come il Naber [5]) e il Longo [6]) hanno dimostrato.

[1]) Cfr. op. cit., p. 353, n.

[2]) *Beiträge zur Kr. der röm. Rechtsq.*, I, 1910, p. 83.

[3]) Così, per es., « *ex causa depositi* » in fr. 7 § 15 D. 2. 14; « *in causam depositi* » in fr. 1 § 25 D. 16. 3; « *in depositi causa* » in Coll. X. 2. 1 (*Mod.*).

[4]) Op. cit., p. 23, n. 3.

[5]) *Mnemos.* XXXIV, p. 62.

[6]) *Appunti sul deposito irregolare* in *Bull. dell'ist. di dir. rom.* (1907), p. 137. V. anche MITTEIS, *R. P. R.*, p. 322, n. 51.

L' inciso è, a mio avviso, interpolato anche nel fr. 6 § 6 D. 3. 2 (Ulp. l. 6° ad ed.):

« Illud plane addendum est, quod interdum et heres suo nomine damnatur et ideo infamis fit, si [*in deposito vel*] in mandato male versatus sit: non tamen in tutela vel pro socio heres suo nomine damnari potest, quia heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti ».

L' interpolazione dell' inciso risulta chiaramente dal precedente § 5, in cui Ulpiano commenta le parole dell' editto ' *Mandati condemnatus* ' e non altre:

« ' Mandati condemnatus ': verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. [*ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnavero, famosum facio*] [1]). Illud plane addendum est, etc. ».

Pure interpolato è, secondo me, quell' inciso nel fr. 5 § 2 D. 13. 6 (Ulp. l. 28° ad ed.):

« Nunc videndum est, quid veniat in commodati [*actione*], utrum dolus an et culpa an vero et omne periculum. et quidem [*in contractibus*] interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum [*in deposito*]: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: [*nisi forte et merces accessit* (*tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur*) *aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*]. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, [*ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate*], et dolus et culpa praestatur ».

Le parti di questo fr, che ho posto tra parentesi, sono o certamente alterate o per lo meno sospette.

Certamente alterato è « in commodati *actione* » invece di « in commodati *iudicium* » (Segré) e indubbiamente compilatoria è tutta l'aggiunta « *nisi forte* ... *deponitur* (Eisele e Albertario). Il Segré poi pensa che « in *contractibus* « non sia forma genuina, e propende a credere che tanto qui come nel fr. 23 D. 50. 17 dello stesso Ulpiano, invece di « *contractus* », si parlasse di « *iudicia* ». Ed è disposto ad

[1]) Questo periodo finale del paragrafo è ritenuto compilatorio dall' EISELE, *Zeitschr. d. S. S. f. Rechtsg.*, XI, p. 14.

attribuire ai compilatori l'enfatico elenco « *ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in societate, ut in pignore* »[1]).

Se tale elenco è, come proprio pare, compilatorio, niente può impedire di ritenere compilatoria la precedente forma « *in deposito* », a queste corrispondente, e naturalmente derivante - del resto - dalla interpolazione della espressione « in *contractibus* », sostituita alla classica espressione « in *iudiciis* ».

Non senza interesse è il confronto di questo passo di Ulpiano col passo del suo discepolo Modestino (Coll. X. 2), il quale, riferendosi al deposito, usa la forma « *in depositi causa* ». Questo, anzi, occorre avvertire, che - mentre la fiducia, il mandato e la tutela sono detti iudicia - il deposito è semplicemente designato come una « *causa* ».

E l'esser ricordata questa « *causa depositi* », non il « *iudicium depositi* », fa sì che nel § 2 Modestino, invece di dire « sed in ceteris quoque *b. f. iudiciis* », sia costretto ad adoperare la generica frase « sed in ceteris quoque *partibus iuris* ». Questa frase vuol dire non tanto che la *regula iuris,* di cui Modestino discorre, non ha per campo esclusivo d'applicazione i *b. f. iudicia*[2]), quanto piuttosto che, quantunque il deposito già da tempo avesse la formula *in ius,* tuttavia la formula *in factum* presentava ancora tenace persistenza e larga applicazione, sì da imporsi nella determinazione giuridica del rapporto.

Siccome Modestino accennava ancora alla « CAUSA *depositi* », non al deposito considerato come « *iudicium* » e tanto meno come « *contractus* », si ha qui una nuova dimostrazione della interpolazione della forma « in *contractibus* » nel fr. 5 § 2 D. 13. 6, già segnalata dal Segré, e della interpolazione della parola « *contractus* » nel fr. 23 D. 50. 17, ultimamente segnalata dal Kübler[3]).

E si ha qui un nuovo argomento per ritenere che la forma « *in deposito* », la quale suppone il deposito riassunto già decisamente nella categoria dei « *b. f. iudicia* » o, meglio, dei « *contractus* » sia frutto di quell'epoca che questa riassunzione ha per l'appunto *decisamente* operato, quando l'unica azione, *in ius,* di buona fede sop-

[1]) Cfr. op. cit., p. 359.

[2]) La sottile osservazione è del SEGRÉ, op. cit., p. 354.

[3]) *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im kl. roem. Recht,* in *Festgabe für Gierke,* (1910), II, p. 195, 235.

piantò le due classiche azioni, attraverso le quali l'istituto si era andato gradatamente svolgendo.

La conclusione, a cui volevo arrivare, è che l'inciso « *in deposito* », di origine bizantina, induce anch'esso – oltre gli altri già enumerati indizi – a ritenere compilatoria tutta la frase del fr. 1 § 6 D. 16. 3 « *Si convenit in deposito ut et culpa praestetur, rata est conventio* », che finora non era stata giudicata sospetta.

Un testo, che dobbiamo ora considerare, è il fr. 7 § 15 D. 2. 14 (Ulp. l. 4° ad ed.):

> « Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem [*valere nec quasi contra iuris formam factam*] non esse servandam ».

Questo testo è già stato ritenuto interpolato dal Di Marzo, il quale ricostruisce il testo genuino così:

> « Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem, quasi contra formam iuris factam, non esse servandam ».

L'esegesi del Di Marzo è stata impugnata dal Segré[1]), il quale abilmente ritiene invece interpolato l'inciso finale « *nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam* ».

Ammettendo l'interpolazione nei limiti, in cui la scorge il Segré, sembra venir meno l'indizio più forte che induceva a ritenere interpolato *anche sostanzialmente* il fr.: vale a dire, la doppia negazione *nec-non*, che apparterrebbe ai compilatori, senza che la *sostanza* del fr. ne risulti mutata. Se non che io credo che, a proposito di questo passo, ci sia da tener conto dell'esegesi del Segré come di quella del Di Marzo: esse non si escludono, ma giovano ad integrarsi.

La frase « *quasi contra iuris formam factam* » è, anche secondo me, compilatoria, vuoi per l'uso, così frequente nei Bizantini del « *quasi* », vuoi per l'espressione « *iuris forma* » già molte altre volte sospetta[2]). Ma non è compilatoria tutta la frase « *nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam* ». Se già il giureconsulto ammetteva la validità del patto di « *praestare omne periculum* », perchè questa inutile ingombrante aggiunta? Gli è che il giureconsulto diceva:

[1]) Op. cit., p. 351, n.

[2]) Cfr. BESELER, *Beiträge zur Krit. der roem. Rechtsq.*, II, 1911, p. 23 sg.

« *Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem* NON ESSE SERVANDAM ».

I compilatori inseriscono « *valere, nec quasi contra iuris formam factam* ». Ulpiano non poteva monotonamente ripetere il verbo « *valere* » già usato poco prima.

D' altra parte, che egli scrivesse « NON *esse servandam* », risulta precisamente dalla particella negativa (*nec*) che i compilatori adoperano per capovolgere il senso del fr. La doppia negazione si spiega, se già prima esisteva una negazione (*non esse servandam*) la cui efficacia ora si vuol elidere: ma se tutta la frase « *nec quasi... servandam* » derivasse da una sola mano, come vuole il Segré, la doppia negazione sarebbe stata evitata.

L' interpolazione, pertanto, di questo fr. - così come io l' ho indicata - mi sembra sicura.

Occorre adesso considerare un testo, già noto perchè contenente la espressione bizantina « *in deposito* », ma interessante sopratutto perchè ivi pure si parla della responsabilità del depositario per la *colpa* e per il *caso*, derivante da patto.

Fr. 5 § 2 D. 13. 6: (Ulp. l. 28° ad ed.):

« ... et quidem [*in contractibus*] interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum [*in deposito*]: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus: [*nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur*] ».

L' interpolazione di questo ultimo inciso è gia stata resa verosimile con la solita acutezza dall' Eisele, nè l' insistervi giova [1]).

Passiamo ora al fr. 1 § 35 D. 16. 3 (Ulp. l. 30 ad ed.):

« Saepe evenit ut res deposita vel nummi periculo sint eius apud quem deponuntur: [*ut puta si hoc nominatim convenit. sed et*] si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, [*ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos*] ».

[1]) Il KÜBLER veramente ora (op. cit.) vorrebbe ritenere interpolato soltanto: *et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut.* Ma non è ipotesi verosimile; i compilatori avrebbero soggiunto la loro eccezione *dopo* l'eccezione che il KÜBLER ritiene classica, come di solito fanno.

Quest' ultimo inciso ha pure ritenuto interpolato l'Eisele[1]). L'inciso «*ut puta si hoc nominatim convenit*» è stato ritenuto interpolato dal Di Marzo[2]). E, mi sembra, con ragione. Solo bisogna appuntare di interpolazione anche il successivo «*sed et*».

Questi frammenti poi, fin qui considerati, oltre gli indizi particolari, ricavabili da ciascuno di essi, presentano un indizio, per dir così, comune e nel tempo stesso sicuro della loro interpolazione.

Sono tutti frammenti di Ulpiano: tutti quanti escerpiti dal suo commentario all'editto.

Al libro 4° di questo commentario appartiene il fr. 7 § 15 D. 2. 14, in cui Ulpiano direbbe che *secondo Pomponio* vale il patto di prestare *ex causa depositi omne periculum*. Al libro 28° appartiene il fr. 5 § 2 D. 13. 6 in cui Ulpiano direbbe che il depositario può pattuire di prestare la *culpa* ed il *periculum*. Al libro 30°, finalmente, appartengono il fr 1 § 6 ed il fr. 1 § 35 D. 16. 3, in cui Ulpiano confermerebbe la stessa cosa.

In tali circostanze, dimostrata l'interpolazione di uno fra questi testi, la dimostrazione dell'interpolazione degli altri si rende superflua. È evidente che i compilatori non eseguissero una sol volta l'interpolazione, ma, quando ne avevano l'opportunità, tornassero a ribadirla, dal momento che essi dovevano spezzare il commentario e collocarne i varii frammenti sotto diverse e non vicine rubriche (2. 14; 13. 6; 16. 3): come è altrettanto evidente che il giureconsulto non avesse bisogno di invocare nel libro 4° l'autorità di Pomponio, il quale direbbe valido il patto di prestare *ex causa depositi omne periculum*, se la stessa cosa doveva dire egli poi come la più semplice e la più ovvia nei libri 28° e 30°. Gli è che, da questo nuovo punto di vista, il fr. 5 § 2 D. 13. 6, il fr. 1 § 6 ed il fr. 1 § 35 D. 16. 3 devono apparire interpolati, e noi dobbiamo riconoscere che all'efficacia di un patto tendente ad aumentare la responsabilità del depositario fino alla prestazione dell'«*omne periculum*» Ulpiano accennasse solamente nel libro 4° e, richiamando l'autorità di Pomponio, la negasse, come l'interpolazione del fr. 7 § 15 D. 2. 14, già largamente chiarita, lo dimostra.

[1]) *Zeitschr. d. S. S. f. Rechtsg.*, XVIII, 1897, p. 21.
[2]) *Note critiche* ecc., in *Studi per Lilla*, p. 6 (estr.).

La nostra induzione può a questo punto essere illuminata da un confronto molto istruttivo fra la l. 1 C. 4. 34 e Coll. 10. 8. 1, già provocato dal Di Marzo:

COD.	COLL.
Si incursu latronum [*vel alio fortuitu casu*] ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum [*solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit*], praestare debuit, non pertinet. [a. 234].	Incursu latronum ornamenta deposita apud interfectum perierunt: detrimentum ad heredes eius qui depositum accepit, qui dolum tantum praestare debuit, non pertinet.

A parte le altre interpolazioni, che hanno dato occasione ai sottili e ponderati studii del De Medio sulla *culpa lata* e sul caso fortuito, anche qui risulta interpolato « *si non aliud specialiter convenit* »; anche qui abbiamo, cioè, un argomento per ritenere che il patto, conchiuso dal depositario di prestare qualche cosa (o *culpa* o *periculum*: aliud!) che non sia il dolo, non ha origine classica.

Dobbiamo ora fissare l'attenzione su un testo, che dagli scrittori, che di questa materia si sono occupati, è stato quasi dimenticato e che è, non per il solo punto che ora ci riguarda, a mio avviso interessante. È il fr. 9 D 45. 2 (Pap. l. 27° quaest.):

> Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus. [*vel eandem rem duobus similiter commodavi*:] fiunt duo rei promittendi, [*quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: 'Titius et Maevius Sempronius decem dato'. Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest. quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum*

cum altero factum proderit]. Cum duos reos promittendi facerem ex diversis locis, Capuae pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cuiusque ratio proprii temporis habebitur: nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilo minus in cuiusque persona propria singulorum consistit obligatio ».

L'interpolazione dell'inciso « *vel* .. *commodavi* » e dell'inciso « *quia non tantum... dato* », rilevata da più parti, è oramai cosa sicura [1]). Ma a me sembra che l'interpolazione sia qui ben più ampia e che ai compilatori appartenga pure tutto il lungo brano « *Sed si quis... proderit* ».

Gli indizi, che io ora addurrò, non mi sembrano lievi.

Già il Perozzi è rimasto sorpreso dall'uso di « *paciscatur* » ed ha avvertito che o « *paciscatur* » sta per « *stipuletur* » o è interpolato in luogo di questa parola [2]).

Una parola non sta per l'altra: ma, piuttosto, è interpolata; e non essa soltanto.

Papiniano faceva qui il caso di una *stipulazione*, avente per oggetto il deposito della stessa cosa presso due persone: Papiniano avverte che queste persone « *fiunt duo rei promittendi* »; sorge in esse, cioè, l'obbligazione correale.

I compilatori, come il Pernice vide pel primo, fan seguire una fila di casi, nei quali pure c'è obbligazione correale, tra cui collocano *il deposito*.

È solo *in seguito a questa collocazione* che si può dopo venir a parlare dettagliatamente e particolarmente del deposito (Sed et si quis *in deponendo* !).

Questo dettagliato e particolare riferimento al deposito può essere solo di chi ha prima fatto menzione del deposito, cioè dei compilatori: non del giureconsulto, che accennava - come l'eliminazione dal testo della parte interpolata lo prova - solamente alla stipulazione (*utriusque fidem in solidum secutus*) [3]).

[1]) Per questo inciso cfr. PERNICE, *Vertragslehre*, p. 217, n. 1; per il primo inciso cfr. PEROZZI, *Istituzioni*, 2, pp. 18 e 106. L'interpolazione non ha, però, valore sostanziale. Cfr. BONFANTE, *Lezioni*, 1912. Contra: PEROZZI, loc. cit.

[2]) Loc. cit., p. 106.

[3]) Che alla stipulazione soltanto accennasse il giureconsulto ce lo lasciano intendere gli stessi compilatori, i quali cominciano la loro interpolazione avvertendo: *quia non tantum verbis stipulationis* etc.

Se si considera bene e da vicino il testo, bisogna proprio farsi convinti che non soltanto l'inciso finale del pr. del fr., ma tutto il § 1 è compilatorio.

Il discorso del giureconsulto è bruscamente interrotto; esso doveva ricominciare soltanto nel § 2: « Cum duos *reos promittendi* facerem ex diversis locis, Capuae pecuniam dari *stipulatus sim* (*sum*) etc. ».

In questo § 2 si torna a parlare di stipulazione: questo § 2 è, pertanto, genuino, e doveva immediatamente seguire a « *fiunt duo rei promittendi* » così:

> « Eandem rem apud duos pariter deposui *utriusque fidem in solidum secutus*: fiunt *duo rei promittendi*. Cum *duos reos promittendi* facerem ex diversis locis, Capuae pecuniam dari *stipulatus sim* (*sum*) etc. »

Ingombrante è tutta la fila dei « *ceteri contractus* » in cui c'è obbligazione correale (tra essi si annovera il *testamentum*!): ingombrante ancor più, *e solamente derivante dalla precedente interpolazione*, è la questione trattata e risolta nel § 1 intorno alla validità del *patto*, conchiuso con una delle due persone correalmente obbligate, di esigere da essa anche la prestazione della colpa a proposito di uno di quei « *ceteri contractus* » che i compilatori elencano dopo la stipulazione - cioè, il deposito -.

E se il testo lo consideriamo ancor più da vicino, l'interpolazione del § 1 risulta per altri indizi confermata. L'andamento di questo paragrafo arieggia quello del fr. 24 D. 16. 3, in cui il Naber e il Longo scorsero la mano dei compilatori, affaccendata a costruire nel testo classico la nuova figura giuridica del deposito irregolare. « *In deponendo - verius est - quoque culpam* (che il Mommsen vuole arbitrariamente correggere in: *culpam quoque*) - *non idem probandum est* - il vario modo dei verbi: *sint*, *intercessit* - sono tutti indizi che già fanno pensare all'intervento dei compilatori. Ma ciò che fa più pensare a quest'intervento è anche qui, come nel caso del fr. 24 D. 16. 3, la « *natura obligationis* ».

Il Rotondi nel suo acuto e diligentissimo studio sulla « *Natura contractus* »[1]), ritiene che in questo testo di Papiniano « *natura* »

[1]) In *Bull. dell'ist. di dir. rom.* XXIV, 1911, p. 57 (estr.).

non abbia quel significato che ha nella formula «*natura contractus*» o «*obligationis*» giustinianea; non indichi - cioè - una struttura imposta dalla legge positiva.

Io sono di diverso avviso. Mi sembra che anche per questo fr., come per il fr. 24 D. 16. 3, per il fr. 5 § 4 D. 19. 5, per il fr. 7 § 5 D. 2. 14, sia possibile provare l'origine giustinianea della «*natura contractus*» o «*obligationis*».

Mi sembra, anzi, che in questo testo di Papiniano irrompa chiaramente la teoria bizantina dei *pacta pro reo* che, nei *iudicia stricta*, quale è la stipulazione (*promisissent*!), se sono ex continenti, *naturam mutant contractus et actionem transformant*: se sono ex intervallo, *non transformant actionem*.

È proprio detto qui quello che ripetono con tanta insistenza le fonti bizantine sul patto che altera la misura della responsabilità: cfr., ad es., Bas. 2. 3. 23 (Hb. 1. 66); Bas. 13. 2. 1 (Hb. 2. 26); Paraphr. 4. 2. 2 (ed. Ferrini, p. 397, l. 9).

La «*natura obligationis*», che in questo testo di Papiniano si trova, è terminologicamente e concettualmente un frutto dell'epoca bizantina [1]).

Così stando le cose, credo di poter affermare che anche in questo testo, il patto di prestare nel deposito la colpa non appartiene alla giurisprudenza classica.

Ci resta ora da considerare un testo che, se dovesse essere allacciato coi testi già passati in rassegna e già riconosciuti alterati, dovrebbe seguirne la stessa sorte; ma che deve, piuttosto, assai probabilmente essere isolato, in quanto che nel suo stato genuino non si riferiva al deposito.

È il fr. 39 D. 17. 1 (Nerat. l. 7° membr.):

> «Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit, qui depositum vel mandatum suscepit: quod et mihi verum esse videtur».

Già il Pernice ha affacciato l'ipotesi che il testo originariamente trattasse della *fiducia* e che solo i compilatori l'adattassero al de-

[1]) Caratteristico (voglio dire compilatorio) è il salto dal contratto di deposito (si quis *in deponendo* paciscatur) alla stipulazione avente, sia pure, per oggetto un deposito (*promisissent*!).

posito ed al mandato in quel modo, nel quale esso ci si presenta nel Digesto. Il testo originario è ricostruito dal Pernice così:

« *Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione fiduciae* (*causa?*) *suscipi, ut res periculo eius sit, qui depositi vel mandati causa suscepit* »[1]).

Al Di Marzo[2]) questa congettura del Pernice sembra troppo ardita: molto probabile è stata, invece, giudicata dal Segré[3]). E - credo - giustamente

Oltre i motivi d'ordine sostanziale, che possono far pensare ad una alterazione del fr. in questo senso, c'è forse un indizio che si può ricavare dalla forma che il fr., dopo la subìta alterazione, presenta. Prima si dice « *rem* deponi mandatumque *suscipi* »: poi « depositum *vel* mandatum *suscepit* ». Prima il « *suscipere* » si riferisce al solo mandato; poi al mandato e al deposito. Questo rilievo può anch'esso condurre a dar ragione al Pernice, in quanto che l'ineguaglianza della forma può precisamente esser derivata dal riferimento originario del testo alla *fiducia*[4]).

Ma se il testo si dovesse riallacciare veramente con gli altri, che già abbiamo veduto, non sarebbe pretesa eccessiva quella di ritenere nello stesso senso degli altri alterato anche questo, e facilmente alterato con la semplice soppressione di un *non*, che ne avrebbe capovolto il significato. La dimostrazione dell'interpolazione, piuttosto largamente fornita per gli altri testi, consentirebbe ciò[5]).

Così si può conchiudere che tutti i testi dell'epoca classica, ac-

[1]) *Labeo*. III, 1, p. 139, n. 2.

[2]) *Note critiche* ecc., in *Studi per Lilla*, p. 7, n. 2 (estr.).

[3]) Loc. cit., p. 351, n. 1l SEGRÈ anzi avverte che anche qui poteva esser facile per i compilatori invertire il senso del fr. introducendo un *non*.

[4]) Perciò da questo testo bisogna prescindere nello stabilire l'età della *formula in ius* per il deposito: che se fosse genuino, avrebbe importanza fondamentale. La *formula in ius* parrebbe nota a Sabino (fr. 38 D. 17. 1 e fr. 14 § 1 D. 16. 3) ma il fr. 38 D. 17. 1 è manifestamente interpolato (cfr. più recentemente ROTONDI, *Contributo alla storia* ecc. pag. 39 [estr.]) ed anche il fr. 14 § 1 D. 16. 3 deve ritenersi alterato, come già pensò il FABRO.

L'antinomia tra questo fr. e il fr. 12 § 3 D. 16. 3 è ben risolta nel senso che quest'ultimo fr. si riferisca all'*a. in factum*, ma bisogna d'altronde non ritenere genuino il primo, come il ROTONDI fa, perchè si avrebbe allora qui accertata l'esistenza della *formula in ius* al tempo di Sabino.

[5]) L'interpolazione, del resto, è probabile anche se - come pare molto verosimile - il testo si riferiva alla *fiducia*.

cennanti alla validità del patto di essere tenuti coll' *actio depositi* anche per la *culpa* ed il *periculum*, sono dovuti ai compilatori.

Quando si ammise la possibilità di elevare per patto la responsabilità del depositario?

Essa è riconosciuta in una costituzione di Diocleziano dell' a. 294.

Coll. X. 5: Is qui depositum suscepit, ultra dolum, *si non aliud specialiter convenit*, praestare nihil necesse habet.

A voler arguire da questo testo, quella possibilità sarebbe sorta proprio negli albori dell' epoca romano-ellenica, che incomincia appunto con Diocleziano. E la cosa non dovrebbe, in fondo, sorprendere. L' età dioclezianea sta come a cavaliere tra la tramontante epoca classica e la svolgentesi epoca ellenica: in questa età istituti classici già si trasformano, istituti ellenici già penetrano nella evoluzione del diritto romano.

Ma io credo che la costituzione non sia genuina.

Si avverta. Non è solo nella costituzione di Alessandro dell' a. 234 [1]), che, accennandosi alla responsabilità del depositario, non si tratta della possibilità che questa responsabilità venga aumentata per patto. Altrettanto accade in una costituzione dello *stesso Diocleziano,* di incerta epoca [2]), ricavata dallo stesso *Codice ermogeniano* [3]), da cui è stata ricavata la costituzione, riferita in Coll. X. 5.

Ecco infatti ciò che si legge in Coll. X. 3:

« *Eum, qui suscepit depositum, dolum, non etiam casum praestare, certi iuris est* ».

Questo richiamo non è senza interesse. Questa costituzione dimostra che nell' epoca dioclezianea, per quanto riguarda la responsabilità del depositario, dovevano valere gli stessi principii che erano in vigore nell' epoca dell' imperatore Alessandro, più di mezzo secolo prima. Se il mutamento di questi principii si era proprio allora compiuto, perchè Diocleziano lo dimentica? Come può dirlo in una costituzione che è dell' a. 294 e dimenticarlo in una costituzione o contemporanea, o *anche posteriore,* in quanto che è di data incerta e potrebbe essere stata emanata 10 anni poi?

Si presenta allora naturale un' ipotesi. Le due costituzioni dio-

[1]) *Coll.* X. 8, ricavata dal *Codice gregoriano* (Haenel, *Greg. C.* p. 30).

[2]) A. 293-304.

[3]) Haenel, *Herm. C.* p. 74.

clezianee sono state trasportate nella *Collatio* dal *Codice ermogeniano*. In questo Codice esse erano collocate, l'una vicina all'altra, sotto la rubrica del deposito.

L'una diceva:

« Eum, qui suscepit depositum, dolum, non etiam casum praestare, certi iuris est ».

E l'altra:

« Is, qui depositum suscepit, ultra dolum, si non aliud specialiter convenit, praestare nihil necesse habet ».

Dicevano originariamente così? Per le ragioni già addotte, io non lo credo. Ma è anche - credo - facile vedere perchè *così dicano* in quel Codice.

Ermogeniano, come poi Giustiniano, doveva preoccuparsi delle mutazioni che eransi verificate nel diritto della sua epoca ed anche lui - per quanto in limitata misura - doveva sentire il bisogno di adattare le raccolte costituzioni al suo tempo. Ora, al suo tempo, la possibilità di elevare per patto la responsabilità del depositario doveva essere già stata riconosciuta. Ed ecco che egli interpola nella seconda costituzione « *si non aliud specialiter convenit* ». Perchè non interpolò anche la prima? Non c'era il bisogno. Nel suo Codice la prima si interpretava - si doveva interpretare - facendo riferimento alla seconda e l'interpretazione era già chiara per sè, senza bisogno di alterare il tenore delle costituzioni, di cui anche Ermogeniano doveva essere rispettoso.

Ma quel che poteva fare Ermogeniano nel suo Codice, in cui le due costituzioni si rischiarano vicendevolmente e certo si integrano, non poteva fare Diocleziano.

Se veramente nell'epoca dioclezianea fosse già sorta la possibilità di elevare la responsabilità per patto, Diocleziano lo doveva *sempre* dire: non dirlo una volta; ommetterlo (e l'ommissione doveva significar negazione) l'altra: tanto più che doveva trattarsi di un principio giuridico recente [1]).

[1]) Non mi richiamo alla forma « *necesse habet* » che ora il BESELER (*Beiträge*, II), con quella mirabile, per quanto alcune volte ardita, acutezza esegetica che lo distingue, dimostra o certamente interpolata o per lo meno sospetta. Quella forma apparteneva alle cancellerie imperiali ed è difficile dire che essa non sia propria dell'epoca di Diocleziano, perchè si incontra anche in costituzioni precedenti a Diocleziano stesso (cfr. C. 4.24. 3 dell'a. 222).

Pur non riportando nè l'una nè l'altra costituzione dioclezianea nel suo Codice, Giustiniano si serve dell'inciso «*si non aliud specialiter convenit*» per introdurlo nella costituzione dell'imp. Alessandro che egli escerpiva dal Codice gregoriano e che si prestava più delle costituzioni dioclezianee agli scopi della sua compilazione. Giustiniano *copia letteralmente* l'inciso che aveva trovato nel Codice ermogeniano.[1])

Poste queste considerazioni, mi pare che si possa affermare non solamente che la possibilità di elevare la responsabilità del depositario per patto fu ignota alla giurisprudenza classica, ma che essa sorse tardi nel pieno fiore della nuova epoca, in cui il diritto si svolse, non molto prima della compilazione giustinianea.

Ma questo risultato esegetico è troppo poco, se non si spiega perchè il diritto classico quella possibilità non riconosceva. Il Segré, per esempio, si dimostra poco disposto a riconoscere l'interpolazione in alcuni di questi testi ovvero attribuisce all'interpolazione un'importanza solamente formale, preoccupato forse sopratutto - se io scorgo bene - dalla constatazione che un aggravamento di responsabilità per convenzione speciale è ammesso senza dubbio anche per altri rapporti (così, per il commodato cfr. fr. 21 § 1 D. 13. 6; fr. 5 § 3 D. eod.; l. 1 C. 4. 23). Ora, perchè non era così anche per il deposito?

Il Rotondi seguì una via diversa, certo molto prudente, in fondo molto istruttiva. Egli non poté disfarsi dell'interpolazione eseguita nel fr. 7 § 15 D. 2. 14, ma ritenne ciò non ostante genuini tutti gli altri testi. E spiegò la cosa in questo modo: «Il patto, con cui si aumenta la responsabilità, non ha efficacia se non quando si faccia luogo all'*a. in ius*, perchè, com'è noto, solo nei giudizi di b. f. si riconosce valore ai "*pacta in continenti facta*" anche a favore dell'attore, e all'*a. in ius* si riferivano senza dubbio Aristone e Celso padre, e Nerazio, menzionando il deposito accanto al mandato: invece nell'*a. in factum*, di natura più rigida, non si poteva aumentare la responsabilità oltre la misura tipica che la formola stessa stabiliva, e a questa probabilmente si riferisce nel passo citato Pom-

[1]) Questo rilievo mi conferma nell'opinione che la costituzione dioclezianea sia stata mutata da Ermogeniano stesso, anzichè dall'autore della *Collatio*, come potrebbe anche pensarsi.

ponio, poichè appunto solo la natura quasi penale di quest' ultima formola poteva far sorgere in lui il dubbio che non valesse neppure il patto di rinunzia all' azione ».

Per vagliare la bontà di questa ipotesi, conviene per un momento lasciar da parte il risultato esegetico, che io ho cercato di raggiungere e tenere, invece, presente quello a cui arrivò il Rotondi.

Premesso ciò, si può subito consentire con lui che alla formula *in ius* alludessero Aristone e Celso padre, e Nerazio (fr. 39 D. 17. 1) menzionando il deposito accanto al mandato e che, almeno probabilmente, alla formula *in factum* si dovesse riferire invece Pomponio nel fr. ulpianeo 7 § 15 D. 2. 14, che il Rotondi pure riconosce interpolato.

Così si può ora pensare, dopo le acute osservazioni del Segrè [1]), che il fr. 5 § 2 D. 13. 6 si riferisse anch' esso originariamente al commento della formula *in factum,* e si può in questo modo spiegare la sicura interpolazione veduta dall' Eisele. Ma il fr. 1 § 6 D. 16. 3 non si riferisce, data la sua collocazione, ad alcuna formula. La costituzione dell' imp. Alessandro (l. 1 C. 4. 34) è assoluta e dalla diversità della formula prescinde.

In conclusione, questa via, seguìta per ritenere l' interpolazione in qualche testo, ma per negarla in molti altri, non è sicura. Oltre che può essere difficile o, per lo meno, dubbio il dire se abbiamo innanzi un commento alla formula *in factum* o un commento alla formula *in ius* (tale è il caso del fr. 7 § 15 D. 2. 14 e sopra tutto del fr. 5 § 2 D. 13. 6), altre volte abbiamo innanzi non commenti alle formule, ma affermazioni che non hanno relazione alcuna con quei commenti.

Quelle affermazioni, se fossero genuine, dovrebbero condurre a ritenere che *sempre,* qualunque azione fosse stata esperita, sia l' *a. in factum,* sia l' *a. in ius,* era possibile elevare già nel diritto classico la responsabilità del depositario oltre la misura normale mediante il patto.

Ma siccome - e ciò ha rilevato molto sagacemente il Rotondi - questa elevazione della responsabilità nell' *a. in factum,* che era (anche dopo il sorgere dell' *a. in ius*) perdurante e predominante, non

[1]) Loc. cit., p. 354 sgg.

poteva in modo alcuno verificarsi, così noi abbiamo qui - se io non erro - un nuovo argomento per concludere che quelle affermazioni non possano appartenere *ad un' epoca, che aveva ancora per il deposito le due formule*, cioè all' epoca classica, ma appartengano in parte all' epoca romano-ellenica, in parte all' epoca giustinianea, in cui il procedimento formulare non era sopravvissuto ed una sola azione *in ius*, di buona fede, al deposito era lasciata.

Ma questa considerazione non basta ancora. Essa giunge in buon punto per corroborare l' esegesi che dei varii testi, relativi a questa materia, io ho fatto: non giunge ancora però a *spiegarla*. Poichè, anche il commodato, ad es., aveva una doppia formula, come il deposito: ma per il commodato, quando si faceva luogo all' *a. in ius*, un aggravamento di responsabilità per convenzione speciale era possibile.

Perchè questo non accadeva per il deposito?

Accogliendo l' esegesi da me svolta, l' indagine condotta attraverso le fonti permette di concludere che il diritto classico ammetteva un aggravamento di responsabilità mediante patto in alcuni giudizi di b. f. (ad es.: commodato, società, locazione) ma non in altri: precisamente, non in quelli in cui, come nel deposito, si avevano innanzi persone « *negotium alienum gerentes* ».

In questi casi il diritto classico - come gli studi del De Medio, del Mitteis e del Rotondi hanno dimostrato - limitava la responsabilità al *dolo*. Ora questa doveva essere una responsabilità rigida, fissa, senza variazioni, senza oscillazioni. La possibilità di aumentare questa responsabilità per patto non era riconosciuta.

Parrebbe riconosciuta la prima volta soltanto in una costituzione dioclezianea dell' anno 294.

> c. 22 C. 2. 18 (19): « Negotium gerentes alienum non interveniente speciali pacto casum fortuitum praestare non compelluntur ».

Trattasi di una costituzione *post-classica*, e quindi io non me ne dovrei gran che preoccupare.

Ma, siccome a me pare che questa possibilità di elevare la responsabilità per patto non doveva essere ancora nota neppure a Diocleziano, cioè nei primi albori dell' epoca romano-ellenica, così non credo inopportuno avanzare il dubbio a proposito della sua genuinità.

« *Non interveniente speciali pacto* » è un inciso avente aspetto emblematico[1]) e deve esser caduto nel testo dalla mano di quei compilatori che pure dopo « *casum* » soggiunsero molto probabilmente « *fortuitum* ». Il tenore genuino della costituzione doveva essere:

« *Negotium gerentes alienum casum praestare non compelluntur* ».

Ciò tanto più, se si considera che autore di questa c. è quel Diocleziano, che un' altra volta - come la *Collatio* (X. 3) riferisce - in modo reciso dichiara:

« *Eum, qui suscepit depositum, dolum, non etiam casum praestare, certi iuris est* ».

Le cose sono mutate nella sviluppatasi epoca romano-ellenica, sopratutto nell' epoca giustinianea. In quest' epoca il patto, che aumenta la responsabilità del depositario, è valido. « *Contractus enim legem ex conventione accipiunt* ». Ecco il nuovo punto di vista, da cui considerano le cose i compilatori, che in questo modo interpolano - come la dottrina è concorde nel ritenere - il fr. 1 § 6 D. 16. 3!

Il nuovo punto di vista si sostituisce all' antico oscurandolo e sopraffacendolo. Il deposito, che nella nuova epoca è stato riassunto decisamente nella categoria dei « *contractus* », non poteva rappresentare un' eccezione.

Così - io credo - il risultato esegetico, che mi sembra già per se stesso sufficientemente dimostrato, si può anche agevolmente spiegare.

II.

La responsabilità del depositario poteva nel diritto romano essere diminuita - cioè, dal momento che il depositario era responsabile soltanto per dolo, eliminata - per patto?

Due testi lo affermano, inseriti nel titolo *De pactis* (2. 14), l' uno di Ulpiano, l' altro di Paolo.

fr. 7 § 15: « *Sed et si quis paciscatur ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum* ».

fr. 27 § 3: « *Illud nulla pactione effici potest ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactum videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit* ».

[1]) Rilevo il ripetersi della negazione per dare al periodo forza affermativa: *non... non.*

La genuinità di questi testi è stata messa in dubbio dal Di Marzo[1]; rivendicata invece dal Segré[2] e dal Rotondi[3].

A me pare che il Di Marzo abbia colto nel segno e che il significato dei due testi sia stato con accorte e facili interpolazioni capovolto dai compilatori.

Una prova della interpolazione, addotta dal Di Marzo, è la seguente. Il fr. 7 § 15 D. 2. 14 dopo aver detto:

> « sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum »,

osserva:

> « *item* si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam ».

Siccome questa seconda parte del fr. è alterata, il Di Marzo osserva che l'« *item* » costringe a ritenere che alterata sia pure la prima e che il suo tenore fosse stato in sostanza questo:

> « Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium *non* valet pactum ».

Questa osservazione del Di Marzo fu combattuta dal Segré, il quale - come s'è visto - riconosce nella seconda parte interpolato tutto l'inciso « *nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam* » ma non ammette nel testo quella interpolazione *sostanziale* che il Di Marzo vi scorse.

Io ho cercato di dimostrare come quella interpolazione in realtà vi sia: ho rilevato, anzi, che l'interpolazione si debba ritenere più larga di quella che scorge il Di Marzo, e ciò sulla scorta dello stesso Segré.

Ulpiano diceva:	I compilatori dicono:
item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem non esse servandam.	item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem [*valere nec quasi contra iuris formam factam*] non esse servandam.

[1]) Negli *Studi in onore di V. Lilla*, pag. 168.
[2]) Negli *Studi in onore di C. Fadda*, pag. 350.
[3]) *La misura della responsabilità nell' « actio depositi »*, pag. 34 (estr.).

E accertata, come io spero che sia, questa interpolazione anche contro i recenti dubbi del Segré, l'osservazione del Di Marzo riacquista tutto il suo valore. L'« *item* » vuol dire che, come Ulpiano seguendo Pomponio negava la validità di « *praestare ex causa depositi omne periculum* », così immediatamente prima negava la validità del patto « *ne* (*quis*) *depositi agat* ».

L'interpolazione, così accertata in questo fr., è sufficiente a far ritenere alterato anche il successivo fr. 27 § 3 D. eod. Una interpolazione getta luce sull'altra. Se indizi speciali, linguistici sopratutto, attestanti la interpolazione, in questo secondo fr. non emergono, bisogna tener presente che si tratta di uno dei più scaltri e cauti modi coi quali si possono alterare i testi classici: si conservano possibilmente tutte le parole, capovolgendone però con una semplice insospettabile particella il significato.

Paolo diceva:	I compilatori dicono:
Illud nulla pactione effici potest ne dolus praestetur: *ut* si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactum videatur, ne de dolo agat: quod pactum *non* proderit.	Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur: [*quamvis*] si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactum videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.

Anche a prescindere dall'alterazione del fr. 7 § 15 fatta dai compilatori nello stesso senso, anche senza il sussidio di indizi linguistici, l'alterazione del fr. 27 § 3 si deve ritenere sicura, perchè questo fr. manca di logica. Lo ha notato il Di Marzo, ed è vero. Se si ricostruisce il testo di Paolo, così come io l'ho ricostruito, si capisce perchè Paolo dica « *nulla pactione* ». Se lo si lascia, come è stato alterato dai compilatori, « *nulla pactione* » è un non senso; peggio, implica una evidente contraddizione. « *Nulla pactione* », se pure le parole hanno ancora un significato, vuol dire: non solo il patto « *ne dolus praestetur* - il patto, cioè, per il quale *espressamente* si resta esonerati dalla prestazione del dolo - ma anche il patto che ha per oggetto la non prestazione del dolo, sebbene *non espressamente*, non in modo diretto: esempio, il patto di non agire per il deposito, che è indirettamente, *vi ipsa*, un patto di non agire pel dolo.

L'interpolazione di questi testi si può dire che resti assodata,

se si passano brevemente in rassegna le diverse maniere, nelle quali essi vennero interpretati.

Il Segré [1]), a cui aderisce il Rotondi [2]), avverte che ammettere la validità del patto *ne quis depositi agat* o della corrispondente *liberatio legata* (fr. 8 § 7 D. 34. 3) non è per nulla strano, in quanto che in questi casi si presenta in prima linea l'atto di liberalità di chi rinuncia ad un proprio diritto, e di fronte a questa chiara manifestazione di volontà cedono gli scrupoli che sorgono invece contro un patto diretto immediatamente a liberare dalla responsabilità per il *dolus*.

Ora, quest'osservazione del Segré, senza dubbio acuta, non risolve a mio avviso la difficoltà e scaturisce, piuttosto, da un equivoco. Per quanto riguarda la *liberatio legata* bisogna essere perfettamente d'accordo col Segré: ma il patto *ne quis depositi agat* è cosa ben distinta. Il fr. 8 § 7 D. 34. 3 (Pomp. l. 6° ad Sab.) ammonisce: « Et ei liberatio recte legatur, *apud quem deposuero* vel cui commodavero pignorive dedero *vel ei quem ex furtiva causa* mihi dare oportet ».

Cioè, ammonisce che si può mediante legato esonerare alcuno dalla responsabilità *incorsa* ex causa depositi o ex causa furtiva. Che si può - in altre parole - esonerare dalla responsabilità, anche se è esclusivamente fondata sul dolo, quando però in questa responsabilità già si incorse, *quando il dolo si è già verificato*. Perciò, oltre questo fr. in cui è detto che « liberatio recte legatur ei quem *ex furtiva causa* mihi dare oportet » anche il fr. 7 § 14 D. 2. 14 avverte che « *et de furto pacisci lex permittit* ». E la cosa si intende da sè.

Si stabilisce per patto di non chiamare alcuno a rispondere di un dolo *già commesso* o si esonera alcuno da questo dolo *già commesso* mediante legato. Ma tra il patto di non chiamare alcuno a rispondere di quel dolo e il patto di non agire per il deposito la differenza è grande. Il primo patto non contiene quell'immoralità che è, invece, insita nel secondo. Poichè pattuire con alcuno che non sarà tenuto coll'actio depositi, che non sarà - cioè - tenuto per

[1]) Loc. cit., pag. 350 sg.
[2]) Loc. cit., p. 34 sg.

il dolo che commetterà, è realmente pattuire una cosa immorale, un tutelare da ogni possibile azione il dolo stesso.

La difficoltà - adunque - di spiegare quei testi, quando ancora si vogliano ritenere genuini, permane.

Le altre spiegazioni messe innanzi sono, quale più quale meno, tutte infelici. Le espongo rapidamente.

Il grande Cuiacio si dimostra oscillante. Dapprima osserva:

« Si quis paciscatur se si forte quid deinceps deposuerit, *vel commodaverit* (!), depositi *vel commodati* (!) non acturum, verius est contra ius publicum pactionem fieri, atque ideo inutilem esse. Sed si perfecto contractu paciscatur ne depositi *vel commodati* (!) agat, de iure privato paciscitur et ideo pactum valet » [1]).

Ma in altro luogo delle sue opere rileva:

« Pleraque licent tacite, quae non licent expressim. Exempli gratia: tacite pacisci licet, ne de dolo agatur, ut si paciscar, ne agatur depositi, tacite pactus videor, ne de dolo agatur, et valet pactio; quae expressim ita facta, ne de dolo ageretur, non valeret » [2]).

Questa seconda spiegazione, dal Cuiacio presentata per risolvere quella difficoltà, è quella più comunemente accolta nella dottrina medievale e affacciata, anche, dalla dottrina recente [3]).

Ad altra spiegazione ricorre il Noodt. Il patto ne quis depositi agat - egli avverte - « non idcirco proderit paciscenti ne dolo malo agens in re deposita, conveniatur actione depositi: tantum huc perget: ne amissa aut deteriorata re deposita depositarii culpa aut neglegentia, eius periculum ad depositarium spectet. hoc patitur civilis et naturalis ratio. quod si vim huius pacti ultra porrigat depositarius, abstinendum est a tam impudente et improba explicatione » [4]).

Il Donello [5]), a cui pare aderire il Glück [6]), a sua volta osserva:

« Nemo dubitabit, quin haec pactio: ne depositi tecum agam, tibi prosit, ut Paulus loquitur; et tamen verum est, non ad hoc

[1]) *Op. omnia*, ed. neap., I, p. 930.

[2]) *Op. omnia*, ed. neap., VII, p. 1358.

[3]) Fra gli antichi v. A. Fabro, *Rationalia*, alla l. 7 § 15 D. 2. 14; Pothier, *Pandectae Iustin.*, h. t. n. LIX, nota i. Fra i moderni v. Riccobono.

[4]) *Op. omnia*, I, p. 466 sg.

[5]) *Comm. iur. civil.*, libro XVI, c. 6, p. 876.

[6]) *Comm. alle Pandette*, h. t., p. 727, n. 98 (trad. ital.).

prodesse, ne de dolo tuo, de quo constet, recte agam. Proderit eo, ut si dicas te amisisse, quamvis non probes, absolvi debeas propter conventionem: quod quidem conventione non interposita futurum non erat, ubi diximus, omissionem, quam alleges, abs te probari, aut condemnari debere. Quodsi contendam, rem adhuc apud te esse, aut amissam dolo malo, et probationem in me suscipiam, audiendus sum nec pactio obstabit, quae sine manifesta turpitudine non potuit tibi concedere, ut impune in deposito me fraudares ».

È inutile insistere sul nessun valore di queste spiegazioni Anche il noto aforisma « *expressa nocent non expressa non nocent* », ritenuto pur sempre come il mezzo più acconcio per chiarire quei testi, è - come ha osservato il Di Marzo [1]) - senza dubbio *improbabile dal punto di vista del diritto classico*, che solo entro certi limiti gli attribuisce valore [2]).

Più ragionevolmente il De Medio [3]) fa dipendere l'anomalia di quei testi dal tardo sviluppo che il patto *ne dolus praestetur* ha avuto nel diritto romano. In questo modo:

« La notizia della convenzione *ne dolus praestetur* - spiega il De Medio - relativamente più antica, risale a Celso (fr. 23 D. 50. 17: *Celsus* putat... et ita utimur). Vuole però essere notato come l'opinione celsina non sia valsa a scuotere subito il principio dell'efficacia delle convenzioni di non prestare il dolo. Di fatti *Pomponio* prima e *Paolo* poi ammettono la validità del patto *si quis paciscatur, ne depositi agat.* Malgrado, come dice Paolo, *vi ipsa id pactum videatur, ne de dolo agat,* tuttavia *pactum proderit.* Certamente secondo Paolo *id nulla pactione effici potest ne dolus praestetur,* ma codesto principio, probabilmente in vigore assai prima, non vale in materia di diritto privato, ove il danno voluto del singolo - come nel caso che si sia pattuito di non agire coll'a. depositi - non si ripercuote sugli altri, sibbene nei casi (ad es.: *ne furti agam vel iniuriarum*) in cui *conventio in alia re facta, aut cum alia persona, in alia re aliave persona noceat.* In altri termini, perchè il *pactum conventum* riguar-

[1]) *Note critiche* ecc., in *Studi per Lilla*, p. 3 (estr.).

[2]) Cfr. il fr. 195 D. 50. 17 con il fr. 52 D. 35. 1.

[3]) *Il patto di non prestare l'evizione* ecc., in *Bull. dell'ist. di dir. rom.*, XVI, 1904, p. 8 sg.

dante l'irresponsabilità per dolo sia efficace, occorre che *a re privata remotum non sit* (fr. 27 § 4 D. 2. 14). L'opinione di Celso prevale e domina incontrastata con Ulpiano (*et ita utimur*). Omai anche nel campo delle contrattazioni private il principio " *illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur* " esplica la sua completa efficacia ».

Questa spiegazione storica dello sviluppo dell'inefficacia del patto *ne dolus praestetur*, messa innanzi dal De Medio, seguendo *per la prima volta* una via diversa da quelle sin qui seguite, constata per lo meno che con l'inefficacia di quel patto i testi, che ammettono la validità del patto di non agire per il deposito, sono in evidente contrasto. Ma neanche questa spiegazione ha buon fondamento. I giureconsulti avrebbero esplicitamente dichiarato quel motivo, che il De Medio suppone, per cui in alcuni casi il patto *ne dolus praestetur* era nullo; in altri, no: non potevano limitarsi a fare distinzioni, senza spiegarle. Se non le spiegano, c'è da argomentare che distinzioni non c'erano.

Così stando le cose, il contrasto fra i testi che dicono nullo il patto *ne dolus praestetur* e quelli che dicono valido il patto *ne* (*quis*) *depositi agat* è - di fronte al diritto classico - irreducibile. Nessuna delle spiegazioni addotte è sostenibile, nè alcuna altra spiegazione, da queste diversa, si può addurre. Bisogna riconoscere il contrasto: ammettere l'anomalia dei testi relativi al deposito.

Non a questa stessa conclusione siamo costretti a venire se, invece che di fronte al diritto classico, ci collochiamo di fronte al diritto giustinianeo. Di fronte a questo diritto il contrasto appare riducibile, l'anomalia accenna a svanire.

Nell'epoca giustinianea, come già nell'epoca classica, si dice che la responsabilità del depositario è limitata al dolo. In *tutti gli altri* contratti classici troviamo la responsabilità estesa anche alla colpa: solamente nel *deposito* [1]) si dice che il dolo è ancora l'unica fonte di responsabilità. L'affermazione è vera, in quanto che la colpa, con *tutti* i suoi gradi, non è fonte di responsabilità nel deposito, come lo è in *tutti* gli altri contratti.

Le espressioni, con le quali Giustiniano altera in questa materia i testi classici: *dissoluta negligentia prope dolum est* (fr. 29 pr. D. 17. 1),

[1]) Anche nel precario si risponde soltanto per il dolo, ma questo istituto entra nel regime contrattuale soltanto nell'epoca giustinianea.

lata neglegentia prope fraudem accedit (fr. 7 § 1 D. 26. 10); *lata culpa dolo comparabitur* (fr 1 § 1 D. 11. 6); *culpa dolo proxima* (fr. 8 § 3 D. 43. 25): *magna neglegentia in doli crimine cadit* (fr. 1 § 5 D. 44. 7); *dolum accipere debemus et latam culpam* (fr. 5 § 15 D. 36. 4); *culpa dolo proxima dolum repraesentat* (fr. 1 § 2 D. 47. 4) gli permettono di dire ancora che il depositario non è responsabile che per il dolo, in quanto che, se egli pure per la colpa grave è tenuto, questa rientra nel dolo. Glielo permette di dire sopratutto il fr. 226 D. 50. 16, un fr. inserito nel titolo *De verborurum significatione* (!), che sentenzia: « *magna culpa dolus est* ».

Ma Giustiniano, se usava *in questi casi* ricorrere all'equiparazione al fine di estendere la responsabilità anche alla colpa grave, invece di procedere più semplicemente (come *in altri casi* ha fatto), col dire espressamente che, oltre che per il dolo, anche per la colpa grave si è tenuti, non poteva credere in una *sostanziale* equiparazione. Lo ha già rilevato bene lo stesso De Medio [1]). « La generalità della norma dell'equiparazione, la sua grande portata quanto agli effetti, fanno sì del dolo e della colpa lata due termini che praticamente si equivalgono, *ma non toccano punto la natura della colpa grave. Questa resta sempre una specie qualificata di negligenza* ».

Giustiniano non poteva ridurre l'irriducibile: *fondere in un concetto solo due concetti che si elidono*. Al concetto negativo del dolo corrisponde il concetto positivo della buona fede: al concetto negativo della colpa, *anche grave*, corrisponde il concetto positivo della diligenza. Giustiniano si compiaceva di eseguire l'alterazione dei testi classici ricorrendo a quell'equiparazione, perchè *formalmente* salvava il principio che il solo *iudicium* (per lui più propriamente: il solo *contratto*) classico, in cui la responsabilità è limitata al dolo, è il deposito. *Sostanzialmente* non poteva ignorar di mutarlo.

È questa *sostanziale* mutazione che *ora per la prima volta* consente di ritenere valido il patto di non agire per il deposito, quantunque sia ancor nullo il patto di non agire per il dolo.

I due patti non sono più *la stessa cosa*, come lo erano nel diritto classico. Una differenza è nata: e questa differenza ha subito agito

[1]) *Valore e portata della regola « magna culpa dolus est »* in *Studi per Fadda*, p. 245.

Giustiniano sembra intendere che ancora nella sua epoca i due patti « *vi ipsa* » si corrispondano. Ma non è vero. A noi può sembrare che Giustiniano intendesse così, se leggiamo superficialmente i due testi che sono usciti interpolati dalle sue mani, e non ci preoccupiamo del motivo, del solo o almeno più profondo motivo, che può aver determinato l'interpolazione. Giustiniano ha certi suoi metodi di interpolare i testi, che dimostrano il suo zelo di conservare quanto più materiale classico è possibile, ma attestano ad un tempo (e per ciò) quanto poco onore egli renda certe volte alla logica; quanto poco rispetto - si potrebbe anche dire - egli nutra per sè. Giustiniano doveva rimaneggiare i due testi di Ulpiano e di Paolo per manifestare chiaramente il suo pensiero, per esporre precisamente il principio nuovo. Invece di rimaneggiare, ritoccò. Il principio è affermato, ma in un modo illogico, e senza darcene la profonda ragione.

Che la ragione sia quella addotta da me, non mi par dubbio. Essa riceve luce da una interpolazione, che nelle nostre fonti è già stata scorta ed io nel principio di questo scritto ho accettato. Il giurista classico non poteva scrivere:

> « Si convenit, ut *in deposito* et culpa praestetur, rata est conventio... Illud non probabis, *dolum non esse praestandum si convenerit*... » (fr. 1 § 7 D. 16. 3).

Non poteva cioè scrivere: « (*in deposito*) *dolum non esse praestandum* ». Può scrivere così chi sa che nel deposito, oltre che per il dolo, si risponde anche per qualche altra cosa. Può scrivere così - io dico - Giustiniano, che fa incombere al depositario la responsabilità per colpa grave, quantunque esteriormente sembri considerarla anch'essa dolo.

Se ora si vede, la spiegazione da me addotta - l'unica che io oserei credere possibile e giudicare convincente - fa rivivere in apparenza la vecchia spiegazione già affacciata dal Noodt. Se non che il Noodt non distingueva - come è necessario distinguere - tra epoca classica ed epoca giustinianea. Inoltre egli ammetteva che il patto di non agire per il deposito spiegasse la sua efficacia quando il depositario era in colpa (grave), non quando era in dolo. Io invece ritengo - e mi sembra chiusa ogni altra via d'uscita - che il patto di non agire per il deposito spiega nell'epoca giustinianea la sua efficacia giuridica completa; anche per il dolo non si potrà più agire:

ciononostante il patto di non agire per il deposito non è ora necessariamente il patto di non agire per il dolo.

La spiegazione, a cui accennano le scuole bizantine (Bas. XI. 1. 27 [Heimb. I. 604]), non modifica queste conclusioni.

I maestri greci richiamano per i primi l'aforisma: « *expressa nocent non expressa non nocent* », che da quel tempo in poi è stato fino ai giorni nostri invocato. Ma non credo che questo principio avrebbe potuto - *da solo* - produrre quelle interpolazioni. Avendo nell'epoca giustinianea acquistato valore generale, vi ha contribuito: non fu la causa vera, o - per lo meno - la causa sola. Siccome vi contribuì, e siccome è il principio, che s'adatta a interpretare i testi nella forma con la quale li manipolò Giustiniano, i maestri greci lo richiamano. Il principio veramente operatore è lasciato nell'ombra [1]).

Dr. Emilio Albertario.

[1] Intorno alla validità del patto di non prestare la *colpa grave* v. Pacchioni, *Corso di diritto romano*, II, ed una acuta nota in *Riv. di dir. comm.*, 1911, fascicolo 12.

LA RESPONSABILITÀ DELL'"HERES TUTORIS"

PER FATTO DEL SUO AUTORE

1. La revisione a cui il Mitteis [1]) ha recentemente sottoposto la dottrina della colpa e, in particolare, della misura dalla responsabilità in materia contrattuale, lo ha portato a concludere che al diritto romano classico è ignota la responsabilità per colpa non solo del mandatario ma anche del socio e del tutore. Nonostante le obiezioni mosse dal Kübler al quale si è associato sostanzialmente il Girard [2]), io ritengo che il Mitteis sia pienamente nel vero: in altro mio scritto [3]) io ho cercato di arrivare agli stessi risultati per un caso che era rimasto fin qui indeciso, la fiducia, dimostrando anche per questa la limitazione della responsabilità al dolo, fino alla prima parte del regno dei Severi; col che, oltre a corroborare con una nuova applicazione l'ipotesi dell'insigne romanista di Lipsia, io credo aver fatto sì che si possa ritenere eliminata storicamente la nota controversia sul carattere infamante o meno della condanna che, in questi giudizi, abbia per presupposto la semplice colpa. Qui io mi propongo di mostrare come dalle medesime basi sia possibile prender le mosse per la soluzione di una difficoltà che diede molto filo da torcere ai romanisti del tempo andato senza che ne sapessero trovare una via d'uscita appena soddisfacente: cioè la singolare configurazione della responsabilità dell'erede del tutore per il fatto del defunto.

[1]) MITTEIS, *Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I (1908) p. 315 sg.

[2]) KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im Klass. röm. Recht*, in *Festgabe für O. Gierke*, Breslau 1910, p. 14 sg. estr.; GIRARD, *Manuel* (1911) p. 655, n. 4. Contro la tesi generale del KÜBLER si pronuncia ora incidentalmente ARANGIO RUIZ (*Le formole con demonstratio e la loro origine*, in *St. econ. e giur.* di Cagliari v. 4° p. 2ª, p. 17 dell'estr.).

[3]) *La misura della responsabilità nell'a. fiduciae*, in *R. It. Sc. giur.* 51, (1912) p. 137.

È noto che da alcuni testi del Corpus Iuris risulta in modo esplicito che l'*heres tutoris* risponde soltanto del dolo - o della colpa lata - del suo autore (cfr. 1 C. 5, 54, Severus et Antoninus [197]; 39 § 6 D. 26, 7, Papinianus 5 responsorum; 4 D. 27, 8, Ulpianus 3 disputationum). Questa massima rappresenta una deviazione così singolare e così grave dai principii fondamentali secondo cui l'erede subentra nella posizione giuridica del defunto e può - in materia contrattuale, a cui l'*a. tutelae* si richiama - esser convenuto colle stesse azioni che spettavano contro il defunto, rispondendo del fatto del defunto nella misura medesima in cui ne avrebbe risposto quello stesso, che si è sempre sentito il bisogno di scoprirne una giustificazione: ma i varî tentativi non riuscirono per nulla soddisfacenti, giacchè se ci acconciamo alla considerazione generale, in cui dal più al meno tutti convengono [1]), che cioè l'erede il quale deve rispondere della gestione del tutore spesso senza averne diretta notizia, o senza aver mezzi per spiegarla e difenderla, merita maggior riguardo, diciamo una cosa non irragionevole, ma che non c'è ragione di limitare al caso della tutela, giacchè con altrettanta logica meriterebbe di essere estesa ad ogni caso in cui l'erede si trovi a dover rispondere dell'operato del suo autore. Al che si aggiunga che non si vede la ragione per cui il favore concesso all'erede deva assumere questa configurazione: la esigenza di prove più rigorose a carico dell'attore, o l'imposizione di termini all'esperimento dell'azione, o, se mai, la limitazione della responsabilità all'« id quod pervenit » sarebbero, da quel punto di vista pratico, attenuazioni più adeguate che non questa imperniata sulla maggiore o minore gravità della mancanza commessa dal tutore defunto [2]).

Il problema deve essere esaminato in due momenti storici successivi. Dal punto di vista del diritto anteriore ai Severi, la difficoltà si supera, o, per meglio dire, si elimina, ammettendo la ipotesi del

[1]) Cf. sopratutto Hasse, *Culpa*, p. 276; Glück *ad h. t.* § 1333. tr. it. p. 579; Rudorff, *Vormundschaft* 3, p. 42: già p. es. Schöpffer (*De culpa lata tutorum ab heredibus praestanda*, Rostock 1709, cit. da Hasse *ibid.* 277, n. 11) « quia res « longe gravissima est ex aliena administratione rationes reddere ». L'anomalia del principio era già ben rilevata anche da Thomasius, *De culpa ab heredibus tutorum praestanda*, in *Diss. acad.* 2 n. 51, p. 539 sg.: spec. a p. 559.

[2]) Dal Rudorff (op. cit. 3 p. 41, n. 11) rilevo p. es. che gli Statuti di Francoforte e lo Stadtrecht di Lüneburg disponevano che la responsabilità degli eredi del tutore cessa se il pupillo non agisce entro due anni dalla fine della tutela. Così, una disposizione ragionevole è quella della l. 29 D. 26-7.

Mitteis: la responsabilità dell' erede era limitata al dolo perchè anche quella del suo autore non andava più in là. È questo, a mio avviso, uno dei casi di problemi la cui soluzione diretta si ribella agli sforzi più sottili e più tenaci, mentre la rielaborazione di istituti o di problemi attinenti li fa indirettamente svanire: press' a poco come una fortezza imprendibile per assalto diretto, è virtualmente caduta dopo l'occupazione di posizioni dominanti.

Ma il problema non si arresta qui: qui, anzi, comincia. Non basta, infatti, constatare che in quella prima fase la limitazione di responsabilità dell' heres tutoris non è per così dire che un' illusione in quanto coincide coll' identica limitazione per il tutore stesso: rimane a vedere se, introdottasi - com' è fuor di dubbio - con Modestino o poco prima [1]), la responsabilità del tutore per colpa, la responsabilità dell' erede sia rimasta qual' era in antico, o se invece essa - giusta i principii generali - abbia subìto l' identico aggravamento per attenuarsi poi solo per opera dei compilatori giustinianei: se, in una parola, la posizione privilegiata dell' heres tutoris rappresenti nel Corpus Iuris una sopravvivenza o una innovazione. Io credo che la seconda ipotesi corrisponda a verità, e che le fonti permettano di provarla in modo sicuro.

Anzitutto v' è una larga serie di testi in cui la disparità di trattamento tra tutore e erede, quanto a misura di responsabilità, è assolutamente ignota: sia che essi esprimano il principio generale della trasmissibilità passiva dell'*a. tutelae* senza accennare che in questa trasmissione essa subisca un' alterazione, sia che parlino indifferentemente dell'azione proposta contro il tutore o contro l'erede. Enumero qui alcuni testi, limitandomi a quelli non anteriori ai Severi, giacchè i più antichi [2]) non proverebbero nulla per questo punto del

[1]) Il Mitteis (op. cit. p. 329, n. 1) pensa a un rescritto, che cadrebbe tra Paolo e Modestino.

[2]) Servirebbero, se mai, come riprova dell' ipotesi generale del Mitteis. Gaio nella teoria generale della trasmissibilità o no delle azioni (4. 112-113) non fa parola di alcuna particolarità per la tutela: è vero che la sua esposizione è molto sommaria, ma d'una specialità così singolare forse non avrebbe taciuto, come non tace, p. es., delle eccezioni rappresentate dall'*adstipulator* per la trasmissibilità attiva e dallo *sponsor* e *fidepromissor* per la passiva. Quanto alle l. 12 (Pompon.) e 49 (Paul.) D. 44-7 dove si parla di responsabilità dell'erede per dolo del tutore non credo possano servire, se anche genuine, per documentare la limitazione di

problema: del resto io non intendo dare a questo argomento negativo altro che un valore preliminare e sussidiario.

Ulpianus 36 E.: 1 § 16 D. 27, 3: hanc actionem etiam in heredem tutoris competere constat;

Antoninus [213] 3 C. 5, 54: adversus heredes quondam tutoris tui tutelae actione consiste: in iudicium autem veniet etiam id quod tibi tutor ex causa fideiussionis debuit;

Alexander [224] 1 C. 5, 57: eligere debes utrum cum ipsis tutoribus [vel curatoribus] heredibusve eorum [1]) an cum iis qui pro eis se obligaverunt agere debeas, vel, si ita malis, dividere actionem;

Gordianus [238] 5 C. 5, 51: omnes tutores seu heredes eorum, qui administraverunt tutelam, ad eundem iudicem ire etc.;

Diocletianus et Maximianus [294] 10 pr. C. 5, 51: si defunctus tutelam vestram administravit, non rerum eius dominium vindicare vel tenere potes, sed tutelae contra eius successores tibi competit actio;

id. [eod. a.] 12 C. ibid.: tutelae actio tam heredibus quam etiam contra successores competit [2]).

Più notevoli, in quanto si tratta di affermazioni meno generiche, sono:

Antoninus [213] 2 C. 5, 54: pater vester tutor [vel curator] datus si se non excusavit, non ideo vos minus heredes eius tu-

responsabilità del tutore: esse si riferiscono alla nota antitesi tra dolo «ex delicto» e dolo «ex contractu» in ordine alla massima cassiana della responsabilità dell'erede «in id quod pervenit»: nella l. 12 poi, se anche il comodato si potesse eliminare pensando a un'interpolazione (dep. et comm. = fiducia?), resta la negotiorum gestio per cui, nonostante il tentativo fatto, per l'epoca più antica, dall'Huvelin (*Negotiorum gestio*, in Daremberg 4. 50 n. 2) la limitazione di responsabilità al dolo pare da escludere.

[1]) La trasmissibilità dell'*a. tutelae* era - nel testo classico - in antitesi colla intrasmissibilità dell'azione contro gli *sponsores*, quali erano - come i Fr. di Strasburgo hanno dimostrato - i garanti forniti colla *satisdatio rem pupilli salvam fore*. Cfr. i miei *Appunti sulla stipulatio rem p. s f.* Pavia, 1912.

[2]) Per la trasmiss. passiva in genere cf. anche 3 § 1 D. 4. 4 (Ulp.); 23 D. 27. 3 (Paul.): dal punto di vista formale poi è certo che l'*intentio* della formola è sempre in capo all'erede, sia la lite *suo* ovvero *defuncti nomine* (Lenel E. P.² 309 n. 4).

telae [vel] utili iudicio convenire potestis, quod eum tutelam [seu curam] non administrasse dicitis, nam etiam cessationis ratio reddenda est [1]).

L'imperatore dichiara senz'altro che gli eredi rispondono della *cessatio* del tutore: nulla assolutamente autorizza a pensare alla ipotesi di una *cessatio* dolosa, tanto più essendo la decisione formulata in modo così generale.

Alexander [229] 4 C. ibid.: Heredes eorum qui tutelam [vel curam] administraverint, si quid ad eos ex re pupilli [vel adulti] pervenit, restituere coguntur; in eo autem quod tutor [vel curator] administrare debuit nec administravit, rationem reddere eos debere non est ambigendum [2]).

Si può addurre anche, sebbene dubitativamente quanto alla data:

Paulus 8 ad Sabin. 4 pr. D. 27, 3: nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest: finitur autem non solum pubertate sed etiam morte tutoris vel pupilli.

Avrebbe Paolo taciuto che nella seconda delle tre ipotesi l'*a. tutelae* subisce una limitazione speciale nei presupposti della sua esperibilità?

Così anche:

Ulpianus 36 ad Ed. 4 pr. D. 27, 7: cum ostendimus heredem quoque tutelae iudicio posse conveniri, videndum, an etiam proprius eius dolus vel propria administratio veniat in iudicium:

la trasmissibilità passiva dell'azione è presupposta qui pure senza limitazione; e, tenuto conto dell'antitesi che sta a base del dubbio risolto poi nel seguito, appare che la responsabilità per dolus defuncti

[1]) L'interpolazione del *curator*, in un rescritto rivolto a un caso concreto, è delle più tipiche, cf. ALIBRANDI, *BIDR.* 2, 156: la parola [*utili*] è invece genuina, perchè, come sembra pensare anche A., loc. cit., pare che il testo alludesse alla concessione dell'*a. tutelae* in via utile nel caso di *cessatio* (cf. 4 § 3 D. 46. 6) mentre i compilatori, dandole col « *vel* » un valore autonomo, alludono all'*a. utilis* (*ad exemplum tutelae*) contro il *curator*.

[2]) L'interpolazione del *curator* è qui pure verosimile, sebbene non vi siano argomenti intrinseci decisivi, e l'iscrizione non dia qui alcun elemento.

non è una condizione speciale ma esaurisce tutto il contenuto dell'a. tutelae giusta le norme fino allora vigenti.

Vedansi anche le cost. 2 C. 9, 12, Antoninus [212]; 5 C. 2, 4, Alexander [227], 5 C. 9, 51, id. [s a.]; 3 C 5, 58, Diocl. et Max [294] delle cost. del titolo 5, 53 mi occuperò in seguito.

Si deve però subito osservare che delle disposizioni speciali a favore dell'erede del tutore sono realmente intervenute nella legislazione imperiale: ma appunto il caso testualmente sicuro è una luminosa conferma del principio che, quanto a misura di responsabilità, i classici non fanno distinzione tra tutore e erede.

> Paulus l. 9 respons. 8 § 1 D. 27, 7 [1]): Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bonae fidei iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. Sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum [Hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litiscontestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte et temporales perpetuantur].

Paolo pone la massima che l'iudicium tutelae si rivolge contro l'erede cogli stessi presupposti coi quali era stato istituito contro il tutore (quale defunctus suscepit) e, applicando (se pure l'applicazione, in questi termini, è sua) all'a. tutelae il principio per cui nei b. f. iudicia l'erede risponde pel dolo del defunto, osserva che all'erede non gioverebbe – a rigore – la scusa di non aver trovato fra le carte del defunto i conti della gestione. Si osservi come la questione è posta in modo esclusivo sulla base del dolo, il che è tanto più notevole in quanto, se fosse stato possibile, nella specie, fare la questione in generale sulla colpa, la difficoltà sarebbe stata minore, giacchè è solo per il dolo che si sente il bisogno di ribadire la massima che, trattandosi di un'azione non ex delicto, l'erede ne deve rispondere.

[1]) Dato l'inizio autonomo di questo paragrafo, è dubbio il suo collegamento col pr.: che poi il pr. non possa invocarsi a favore della responsabilità indistinta dell'erede fu veduto dall'Hasse (op. cit. p. 261): cf. anche Glück (loc. cit., p. 525 tr. it.) il quale riconosce che sarebbe vizioso l'argomento a contrariis.

Esposto il principio, Paolo riprende: « sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum ». Quali siano queste costituzioni, Paolo non lo dice, ma doveva dirlo indubbiamente nel contesto originale, che è stato dai compilatori soppresso per sostituirvi altra cosa: le alterazioni portate in questo frammento meritano un attento esame, perchè la loro dimostrazione può essere di un certo rilievo per l' indagine di cui mi occupo. Basta una lettura del testo per rilevare come il periodo finale « hoc tamen - perpetuantur » tronca il dettato di Paolo, e tanto più bruscamente in quanto colle parole precedenti il giureconsulto apriva la trattazione di un punto nuovo, che poi avrebbe dovuto spiegare. Io tengo per certo che tutto quel periodo è fattura dei compilatori, ai quali preme di far rilevare come quanto fu detto prima va riferito al caso in cui l' a. tutelae sia iniziata contro l' erede, non a quando l' erede subentra al posto del defunto dopo la litis contestatio: e ciò - anticipando quanto dovrò svolgere, in seguito - perchè essi intendono il « constitutionibus subventum est », che Paolo riferiva a un un caso concreto, nel senso di quella alterazione generale che appare dai testi ricordati in principio: [1]) i compilatori non si accorgono che Paolo invece partiva proprio dal presupposto che nel caso concreto la lite era già contestata col tutore (iudicium in heredem transferri .. quale defunctus suscepit [2])! Oltre questo elemento sostanziale gravissimo, indizi formali abbondano: oltre l'« hoc tamen tunc observandum est cum... » che richiama le tipiche espressioni limitative dei Giustinianei, e forse l' *ab utraque parte* transmittuntur » che è per lo meno poco felice, si noti la enunciazione dottrinale « nam.. etc. », tanto più fuori di posto in quanto qui non si trattava proprio nè di azione penale nè di azione temporanea! [3])

A che cosa si riferisse l' accenno con cui Paolo allude a una con-

[1]) Che, per diritto giustinianeo, questo inciso (sed - heredum) abbia tale portata rileva p. es. il RUDORFF, op. cit 3 p. 39, n. 4.

[2]) Suscipere, come accipere, judicium è l'attività che il convenuto presta addivenendo alla contestazione della lite: cf. p. es. 14 D 3. 2; 15 § 2, 64, 73 D. 3. 3; 7 § 4-5 D. 10. 4; 25 § 8 D. 21. 1.

[3]) Nei Basilici (38. 7. 8, Hb. 3. 737) il testo, soppressa la parte essenziale del responso di Paolo (tale - suscepit) dà tutto il rilievo al non essersi contestata la lite: ma nell' indice di Doroteo (sch. 2 *ibid*) riferendosi integralmente il testo con la menzione dell'esser già avvenuta la litis contestatio, si afferma molto nettamente il punto di vista giustinianeo, che cioè il beneficio delle Constitutiones sarebbe in questo caso escluso. Cf. anche il *Prochiron Auctum*. 36. 38 (ZACH. 6. 313)

dizione di favore fatta agli heredes tutoris da costituzioni imperiali, lo sappiamo per buona sorte direttamente dal Codice che ci conserva appunto alcune costituzioni in materia.

Severus et Antoninus [205] 1 C. 5. 53: Adversus heredem tutoris ad transferendam tutelam iudicem accipiens tempore litis ad puberem instrumenta pertinentia restitui desiderabis. Quod si dolo non exhibeantur, in litem iurandi tibi facultas erit, modo si quondam pupillo debitam adfectionem ad vincula quoque religionis extendere volueris.

Antoninus [212] 2 C. ibid : Id qui rationes tutelae [seu curae] reposcit, invitus in litem iurare compelli non potest sed volens ita demum audiendus est, si heres per longam successionem tutoris instrumenta pupillaria dolo circumveniendi pupilli gratia exhibere non vult. § 1. Sin vero neque dolus [neque lata culpa] [1]) neque fraus heredis convincetur, omissa iurisiurandi facultate iudex de veritate cognoscet, quae etiam argumentis liquidis investigari potest.

Se l'*a. tutelae* è esperita contro il tutore, qualora egli non presenti l'inventario, l'attore è ammesso a prestare l'iusiurandum in litem perchè la non presentazione si considera come dolo (cf. Ulp. 7 pr. D. 26. 7) [2]): ma se l'azione è intentata contro gli eredi, tale facoltà è consentita solo se la mancata presentazione dipende da dolo dell'erede: altrimenti il giudice deve decidere sulla base di altri elementi [3]). La questione, com'è chiaro, non esce dai confini del dolo: per il tutore si presume, per l'erede - in quanto risponda del fatto del defunto - dev'essere provato: e qui la considerazione che l'erede, in condizioni particolarmente sfavorevoli per produrre i documenti giustificativi, meriti speciali riguardi, trova un'applicazione tutt'altro che

[1]) L'interpolazione è pacifica: cf. De Medio in questo *Bullettino* 18 (1906) 284; *St. per Fadda* 2. 228; Mitteis, op. cit. p. 335, n. 76; Krüger P. in *Festg. für Güterbock*, p. 249. Meno sicura è l'interpolazione di tutto il paragrafo 1, affermata dal De Medio, loc. cit.; del resto, per ciò che riguarda la sostanza, la massima ivi enunciata è già virtualmente contenuta nel pr.

[2]) Per la esigenza del dolo come presupposto dell'jusjurandum in litem cf. per es. Ulp. 4 § 4 D. 12. 3; Marcian. 5 § 3 ibid.

[3]) Cf. anche Diocl. et Max. [294] 5 C. ht.

eccessiva [1]). Che poi a questo - ed esclusivamente a questo - si riducesse il favore concesso, al dire di Paolo, all'erede del tutore, e per conseguenza, tutta la disparità di trattamento tra tutore ed erede, è detto esplicitamente da

> Gordianus [228] 4 pr. C. ibid.: Alio iure est tutor, alio heres eius tutor enim inventarium ceteraque instrumenta si non proferat, in litem iusiurandum adversus se potest admittere: at enim heres eius ita demum, si reperta in hereditate dolo malo non exhibeat.

Anche per Gordiano l'unica disparità di trattamento si ha nel caso di mancata esibizione dell'inventario. È interessante il § 1 della costituzione in quanto costituisce la prova dell'affermazione, fatta poc'anzi, che l'essere o no la lite contestata « vivo tutore » non ha importanza per il caso.

> § 1. Sed cum adversus ipsum tutorem litem contestatam esse dicatis, transferentibus in heredes eius actionem praesses provinciae partes suas exhibebit non ignorans, nisi exhibeantur instrumenta, quatenus iuxta formam constitutionum partes suas debeat moderari.

La forma, per quanto poco elegante colle sue ripetizioni, non mi pare dar luogo a gravi sospetti, che anzi la costruzione in seconda persona esclude che si possa pensare a una interpolazione in blocco: si è recentemente appuntata [2]) come compilatoria la espressione « partes » nel senso di « funzioni, attività del magistrato », ma in realtà essa ricorre assai frequente non solo in molti testi giuridici non sospetti, ma pure in una serie di testi letterari classici [3]). Il con-

[1]) Una giustificazione più specifica è data dal RUDORFF (*Das Recht der Vormundschaft* § 165, III p. 41) in quanto qui l'*a. tutelae* non è in fondo che un' *a. ad exhibendum* o *in factum*, per le quali è noto che ragioni d'equità consigliarono appunto una analoga mitigazione (Ulp. 13 D. 2. 13; Paul. 12 § 6 D. 10. 4).

[2]) ALBERTARIO, *Hodie: contributo alla dottrina delle interpolazioni*, p. 12, a proposito della l. 7 § 19 D. 2. 14, nella quale, del resto, serii indizi di corruzione non mancano.

[3]) Per le fonti giuridiche vedi gli esempi numerosi in HEUMANN-SECKEL, p. 406-407: dello stesso GORDIANO è il « partes exhibere » in 2 c. 2. 26; per le letterarie vedi p. es. CIC. *ad Att.* 7. 26; *ad fam.* 3. 10; 11. 5. Anche la « forma constitutionum » è espressione usuale nei rescritti: cf. sempre di GORDIANO, 14 c. 5. 62; 6 § 1 c. 9. 2.

tenuto del testo è ovvio: e altrettanto in armonia colla parte genuina del frammento di Paolo (8 D. 27. 7) quanto in antitesi colla chiusa interpolata. Gordiano infatti risponde, a quanto appare dal contesto [1]), a dei pupilli che avevano intentato la lite contro il comune tutore, venuto poi a morire; e dichiara che il praeses provinciae si presterà a questo «trasferimento» dell'azione contro gli eredi, ma dovrà tener presente i limiti che le costituzioni gl'impongono nella ipotesi che gl'instrumenta tutelaria non vengano esibiti: dal che risulta chiaro che l'avvenuta contestazione della lite col tutore non toglie agli eredi il privilegio [2]).

Di fronte a questa disposizione specifica, esposta chiaramente in testi sostanzialmente genuini, e da altri testi presupposta in modo univoco, si presentano con ben diverso carattere le attestazioni che

[1]) La costituzione è indirizzata a un Mucianus che verosimilmente non è che uno dei ricorrenti, o meglio quello che ha presentato il ricorso nell'interesse comune di altri litisconsorti, giacchè la costituzione parla al plurale.

[2]) Non è senza interesse, anche ai fini dell'indagine presente, ricercare quando si sia introdotto questo privilegio, l'unico concesso dal diritto classico all'*heres tutoris*. Le costituzioni riferite di Severo e di Caracalla (1 e 2 c. 5. 53) fanno parte senza dubbio di quelle a cui allude genericamente Paolo, ma non è dato stabilire con sicurezza se si tratti in esse di innovazioni o di richiami a massime già altre volte sancite. Ulpiano (4 pr. D. 12. 3) attesta che sono numerosissimi i rescritti relativi all'jusjurandum in litem nelle sue applicazioni nell'a. tutelae, e ricorda un rescritto dei divi fratres relativo alla legittimazione attiva dell'jusjurandum (del resto, l'estensione del discorso alla legittimazione passiva è in quel testo interpolata: GRADENWITZ, *Kr.*): sia o no questo della tutela il più antico caso di jusjur. in litem, come sostenne il GRADENWITZ (*Hermes* 1893 p. 326: contra GIRARD, *Manuale*, tr. it p. 232 n. 6) pel fatto che nel Codice il titolo relativo [5. 53] è in sede di tutela - nessun elemento autorizza a credere anteriore ai Severi l'introduzione di quella norma speciale per gli eredi del tutore. Ciò osservo perchè dalla l. 4 pr. D. 27. 7 (Ulp. 36 E.) parrebbe doversi invece argomentare che quella specialità di trattamento risalga all'epoca repubblicana, e precisamente a Servio. In realtà Servio voleva semplicemente stabilire la responsabilità dell'erede per dolo proprio, e la argomenta dal fatto che per suo dolo è ammesso il giuramento in litem: questa ammissibilità per dolo proprio non è però punto in antitesi con una sottintesa inammissibilità per dolus defuncti, bensì l'antitesi è tra la responsabilità per dolo proprio, di cui si dubita (agli effetti della esperibilità dell'a. tutelae) e quella per dolo del defunto, che è pacifica, come appare dalle prime parole del testo. È naturale che la questione sia fatta unicamente sul dolo, limite indiscutibile, al tempo di Servio, sia rispetto al tutore che rispetto all'erede. Se il paragrafo 1 fosse genuino, gioverebbe forse per argomentarne a contrariis la responsabilità per negligentia defuncti: ma è anche verosimile che sia, almeno formalmente, rimaneggiato dai giustinianei, e per diritto giustinianeo l'argomentazione a contrariis si infrangerebbe contro testi troppo precisi.

limitano la responsabilità dell'erede al dolo del defunto: mentre tutti sono gravemente sospetti, il testo fondamentale è di un andamento logico poco chiaro, come prova l'imbarazzo in cui ha posto la vecchia esegesi.

Papinianus 5 respons.: 39 § 6 D. 26. 7: Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit: heres eius postea victus praeteriti temporis periculum praestabit [quia non videtur levis culpa contra iuris auctoritatem mandatum tutelae officium detrectare].

Ulpianus 3 disput. 4 D. 27. 8: Non similiter tenentur heredes magistratuum ut ipsi tenentur.[nam nec heres tutoris neglegentiae nomine tenetur]; nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est.

Severus et Antoninus [197] 1 C. 5. 54: Heredes tutoris ob neglegentiam [quae non latae culpae comparari possit] condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratiae praestitum sit.

In alcuni di questi testi la via per rilevare la profonda alterazione subìta è data dagli accenni alla « culpa lata »: e infatti le interpolazioni sono state rilevate dal De Medio, che però, non occupandosi del problema speciale, non ha potuto interamente vedere quale portata esse avessero. Nel testo di Papiniano, la giustificazione rappresentata dall'inciso « quia - detrectare » è affatto superflua: non c' era bisogno di fondare la responsabilità dell' erede su una pretesa colpa « non levis », giacchè essa scaturisce di per sè dal fatto che egli subentra al posto del tutore dopo la contestazione della lite: rimasto soccombente, è naturale che l' erede risponda del periculum a partire dal momento in cui ne cominciò a rispondere il suo autore [1]). In quello d' Ulpiano il regime della responsabilità dell' heres tutoris è addotto come giustificazione del regime speciale dell' heres magistratus rispetto all'a. subsidiaria Anche qui già il De Medio [2]) ha rilevato la sconvenienza dei due « nam » che si succedono, tanto più - aggiungo - che ciascuno di essi ha un valore logico diverso: mentre il secondo introduce la esposizione pratica della diversità enunciata, il primo ha l'aria di volerne dare una giustificazione logica che, come tale, è un poco artificiale Della posizione dell' heres magistratus

[1]) Cf. già De Medio, in questo *Bullettino* 18 (1906) 270 n. 1.
[2]) Loc. cit. p. 269.

sappiamo da alcuni testi - sopratutto dai frammenti d' Ulpiano scoperti dal Lenel [1]) - che fu oggetto di vivaci polemiche fra i giureconsulti del secondo secolo: la responsabilità dell' erede fu positivamente sancita da un rescriptum Divi Pii [2]), e in materia intervennero altre costituzioni, alle quali - seguendo verisimilmente Marciano [3]) - alludono le Istituzioni (§ 2 I. 1. 24). Tra magistrato ed erede la diversità di trattamento consiste in ciò che il magistrato subentra senz' altro nella posizione dello sponsor [4]) che non ha ottenuto o ha ottenuto non idoneo, e quindi risponde in luogo di lui in base alla stipulatio rem pupilli salvam fore, mentre l' erede risponde soltanto se il magistrato era in dolo o - giusta la consueta equiparazione compilatoria - in colpa lata [5]). Ora si vede come questa disparità non è così anormale quale quella che si riscontra per gli eredi del tutore: qui intanto sappiamo che la trasmissibilità passiva, prima controversa, fu ammessa con una statuizione positiva in cui quella limitazione poteva bene rappresentare quasi un compromesso tra le due tendenze: dal lato pratico poi, siccome l' azione si concede « causa cognita » (Fr. Ulp. cit.) il pretore ha modo di valutare caso per caso se l' azione meriti o no di essere concessa [6]). Nonostante le alterazioni subìte dai testi per adattarli al criterio della « lata culpa » [7]), io ritengo la massima genuina nella sostanza. Che il magistrato risponda non soltanto di dolo ma in ogni caso in cui ha trascurato che si prestasse la sa-

[1]) Cf. *Sitzungsberichte d. Koen. Preuss. Ak.* 1903, 922; *ZSSt.* 1903, 416: cf. anche Baviera, *Arch. giur.* 72 (1904) 325.

[2]) Fr. Ulp. cit.; 6 D. 27. 8.

[3]) Ferrini, in questo *Bullettino* 13 (1900) 140.

[4]) Cf. Fr. Ulp. cit. e la relativa controversia tra Giuliano e Marcello, riferita da Ulpiano in via indiretta (forse citando Papiniano?); è interessante notare come Giuliano, il quale equipara il magistrato ad un fideiussor, è pur quello che nega la trasmissibilità dell' azione contro l'erede, il che prova che si trattava d'una equiparazione approssimativa, senza l' intenzione di applicare integralmente il regime giuridico dell'uno o dell'altro tipo, mentre è pur singolare che il rescriptum D. Pii ammette la responsabilità dell'erede attraverso la configurazione del magistrato come fideiussor (6 D. 27-8), risolvendo così la controversia nel senso di Giuliano, ma tirando la conseguenza che Giuliano non traeva.

[5]) Ulp. cit.; Alexander [224] 2 c. 5. 75.

[6]) Cf. nella Costit. d'Alessandro il « non solet etc. » che allude a questo potere discretivo.

[7]) Cf. De Medio loc. cit. Nella l. 2 c. 5. 75 s'era tentato in addietro di semplificare il testo sopprimendo il « *non* »: ma, come anche nella l. 1 c. 5. 54, senza base e, in ultima analisi, anche senza frutto: cf. Glück cit. § 1333 *b*, in fine.

tisdatio, o ha accettato sponsores non idonei, risulta da una serie di testi [1]), e dalla l. 6 D. 27. 3 appare che la « causae cognitio » doveva appunto servire anche per valutare il grado di negligenza del magistrato, onde argomentarne l'esperibilità o meno dell'azione contro gli eredi: l'inciso finale chiarisce anzi la vera portata della diversità di regime, in quanto si esige, contro l'erede, una prova evidente: è un punto di vista logico che richiama l'accennato privilegio classico dell'heres tutoris relativo all'iusiurandum in litem.

Una cosa ad ogni modo è certa, che gli accenni alla disparità generale di trattamento dell'heres tutoris rispetto all'erede quanto al grado di responsabilità, rappresentano sia nel testo di Papiniano che in quello di Ulpiano delle intrusioni dei giustinianei, i quali hanno creduto di giustificare con questo rilievo delle massime che per i classici avevano una base affatto indipendente. Ora resta a vedere come anche la famosa l. 1 C. 5.54 si elimina anch'essa facilmente.

Gli scrittori [2]) hanno speso tutta l'acutezza dell'esegesi per dare a questa costituzione una spiegazione logica; particolarmente per ciò che riguarda il rapporto tra la regola (esclusione della responsabilità per colpa lieve) e le due eccezioni, specie l'ultima.

L'Hasse p. es., si è studiato di dimostrare [3]) che quell'ultima doppia ipotesi (ex damno pupilli lucrum captatum vel gratiae praestitum) può riferirsi a semplice negligenza, ma è ben difficile seguirlo su questa via giacchè le espressioni usate, e proprio l'antitesi tra « lucrum » e « gratia », ricorrono anche altrove come le due categorie tipiche in cui si può ravvisare il dolo [4]). Lo spediente di cancellare

[1]) Fr. Ulp. cit. « quos accipi neglexerunt vel quos minus idoneos acceperunt »; Papin. 5 D. 26. 3 « neglegentia »; Ulp. 1 § 2-3 D. 27-8, ricordando un rescriptum D. Marci dove la resp. è limitata al dolo per quei magistrati che non hanno loro proceduto alla datio, ma semplicemente fornito al preside informazioni erronee; Cels. 7 D. 27. 8: secondo che c'è dolo o colpa, l'azione si concede, contro più magistrati, in solidum o pro portione.

[2]) Cf. per tutti Glück, cit. § 1333 *b* e *c*; giacchè in questi ultimi anni non mi risulta che alcuno abbia mai ripreso in esame la questione dogmatica. Mitteis (*Röm. Privatr.* 1. p. 111) si è per ora limitato a rilevare la anomalia di questa pretesa eccezione.

[3]) Op. cit. p. 278.

[4]) Cf. p. es. 7 § 8 D. 4. 4; 26 § 4 D. 4. 6; 3 § 1 D. 4. 8; 8 § 10 D. 17. 1; 1 § 2 D. 27. 8; 7 § 2 D. 27. 6; 3 pr. D. 22. 5; 3 C. 2. 55. V. anche 55 § 1 D. 47. 2 (species

il « non » davanti a « latae culpae », a cui pensò Cuiacio [1]), se ha a suo favore il testo dei Basilici (ἀπὸ μεγάλης ἀμελείας) è contraddetto assai più autorevolmente dagli scolii, e parimenti gli scolii impediscono di riferire il testo alla colpa non del tutore ma propria dell' erede - altra via con cui si era cercato di girare la difficoltà [2]) - giacchè Taleleo [Hb. 3. 738 sch. 2) avverte espressamente che quelle parole vanno riferite al lucro del tutore, non dell' erede: e se il lucro è del tutore, è chiaro che anche il problema della responsabilità va riferito esclusivamente a lui. Per la interpretazione del testo non c' è quindi che tener fermi questi punti: che si tratta di responsabilità per fatto del defunto: che gli unici casi di responsabilità dell' erede sono quelli compresi nelle due eccezioni [litiscontestatio o dolo del defunto]: che, da ultimo, l' inciso relativo alla culpa lata è indubbiamente interpolato [3]).

Così chiarito, il testo dice semplicemente che l' erede non risponde di neglegentia del tutore salvo caso di litiscontestatio con lui o di prova del dolo: praticamente ci possiamo riferire all' ipotesi a cui, completando alcuni spunti anteriori, ha pensato il Rudorff [4]) che cioè la specie, per cui l' imperatore nega la responsabilità dell' erede, fosse quella d' una omissione commessa dal tutore che solo in appresso si sia rivelata dannosa. L' eccezione è quindi in sostanza rappresentata solo dalla litiscontestatio: la seconda non è, in realtà, se non la regola o per meglio dire l' applicazione della regola al caso speciale - omissione - contemplato nella fattispecie. Sicchè anche qui la pretesa diversità tra tutore ed erede finisce per svanire di fronte

enim lucri est ex alieno largiri) e 41 D. 35. 2, dove la dottrina riconosce che, pur non agendosi per motivi egoistici si ha dolo e non colpa lata (Ferrini *D. penale rom.* p. 57 sg.; De Medio in *BIDR.* XVIII. 291 n. 1: il « dolo carere » è ammesso come genuino, in questo testo, anche dal Beseler).

[1]) L'Hasse (op. cit. p. 454 sg.) ha messo in largo rilievo le oscillazioni di Cuiacio in questa materia: oscillazioni che richiamano, con un intimo rapporto, quelle da me altra volta rilevate (*La misura della responsabilità nell'a. depositi* in *Arch. Giur.* LXXXIII (1910) p. 41 n. 1 estr.) relativamente alla trasmissibilità passiva dell'*a. depositi*, e che dipendono - a mio avviso - da una serie di incongruenze che, per opera dei compilatori, si sono introdotte nella teoria della trasmissibilità delle azioni, e sulle quali mi riprometto di tornare.

[2]) Cf. Thomasius, *De culpa lata etc.* cit. e la critica in Hasse, p. 462-464.

[3]) Krüger, *Festg. für Güterbock*, p. 249.

[4]) Op. cit. 3 p. 43.

al rilievo che nel 197 non era ancora avvenuto l'aggravamento della responsabilità del tutore[1]).

Il suo valore grave non l'assume la costituzione di Severo se non nel diritto giustinianeo, dove, essendo presupposto che il tutore risponde non solo per dolo o in seguito a litiscontestatio ma per ogni negligenza, quelle limitazioni devono per necessità riferirsi solo all'erede, e costituiscono veramente per lui un regime speciale. Ci troviamo quindi, a mio modo di vedere, dinanzi a questo singolare fenomeno che, mentre la limitazione è giustinianea, il testo da cui, nel sistema giustinianeo, la dobbiamo desumere, è - salvo l'insignificante spunto della colpa lata - sostanzialmente genuino, e acquista solo dalla trasformazione dei presupposti il suo valore nuovo, al quale direttamente o indirettamente fanno richiamo altri testi che sono, invece, elaborati espressamente dai compilatori a questo fine: il caso, del resto, non può far meraviglia a chi conosce la singolare struttura della compilazione giustinianea[2]).

Riassumendo: il diritto classico non conosce disparità di trattamento tra tutore e erede quanto a misura di responsabilità: l'unica disposizione di favore è quella relativa all'iusiurandum in litem in rapporto alla mancata produzione dell'inventario, norma - nella sua limitata portata - pienamente giustificabile: che altre facilitazioni sporadiche siano state fatte non è dato argomentare giacchè l'accenno apparentemente generico della l. 8 § 1 D. 27, 7 è riferibile - come si è visto - alle varie costituzioni relative a quell'unica ipotesi. Sicchè l'erede risponde nell'età classica solo per dolo del defunto perchè anche pel defunto la responsabilità era così limitata, e la estensione - tra Paolo e Modestino - della responsabilità del tutore alla colpa si applica, giusta i principî, anche quando l'azione pel fatto del tu-

[1]) Cf. Mitteis op. cit. p. 329 n.

[2]) È probabile che motivi di equità e di umanità abbiano spinto l'imperatore a questa alterazione, per la quale gli si offriva il destro di utilizzare per l'erede testi che - riferendoli al tutore - avrebbe dovuto più largamente rimaneggiare. Non trovo alcun elemento che autorizzi a sospettare influenze greche: è ben vero che in diritto attico (Beauchet 2. 303) la δίκη βλάβης è contro gli eredi del tutore in simplum, mentre di regola è in duplum, ma gli è che, essendosi utilizzata in questo caso l'azione generale per il danno volontario, la riduzione in simplum non è che un adattamento logico, giacchè precisamente in simplum è l'azione contro il tutore (δίκη ἐπιτροπῆς) e nessuno poteva pensare di colpire più gravemente gli eredi che il tutore stesso.

tore si esperisca contro l'erede. Solo con Giustiniano si è introdotta la massima che l'heres tutoris risponde solo di dolo o colpa lata del defunto: eccezione che si vuol giustificare, in modo, come si disse, troppo poco univoco, con ragioni di equità, e che finisce a costituire dell'heres tutoris - a cui il Codice consacra un titolo apposito (5, 54) una figura anormale nella teoria generale della trasmissibilità passiva delle azioni.

Se queste brevi osservazioni troveranno accoglimento, io sarò lieto di aver contribuito ad eliminare una delle numerose controversie che, ereditate dalla vecchia dottrina, intralciano ad ogni passo il cammino a chi voglia ripristinare nella sua semplicità classica la teoria della responsabilità contrattuale. Certo chi ripensa alle complicate ed astruse costruzioni dei commentatori del diritto intermedio in tutta questa materia non può non apprezzare, nell'opera fondamentale dell'Hasse, il merito di aver bandito per sempre molta parte di quelle superfetazioni. Ma sull'opera dell'Hasse è omai passata - dopo quasi cent'anni - una nuova fase di studi: dalle discussioni sul criterio-base della responsabilità (utilitas contrahentium, natura infamante: Pernice, Mitteis, Kübler) alle ricerche sulla culpa lata (De Medio) e sulla c. in concreto (Lusignani, Mitteis), alle antiche e nuove discussioni sul concetto di custodia e la sua origine classica o giustinianea (Baron, Ferrini, Lusignani, Seckel, Kübler, Schulz), per quanto su ben pochi capisaldi possa dirsi raggiunto l'accordo, si può dire che non v'è punto della costruzione dell'Hasse che non sia stato intaccato. La materia è di tanta importanza esegetica e concettuale, e d'altra parte tanto irta di sottili difficoltà, che non può parer superfluo ogni modesto contributo che cooperi a sgombrare il terreno per una futura ricostruzione.

G. Rotondi.

Giugno 1912.

RECENSIONI

A. Berger, *Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden*, 8°, pagg. 246. Leipzig und Berlin 1911.

La materia di questa larga monografia sulle clausole penali nel diritto dei papiri, è opportunamente divisa in tre capitoli, seguiti da un' aggiunta sulle clausole penali nelle disposizioni di ultima volontà.

Il primo capitolo (pp. 1–50) è dedicato alla terminologia, la cui esatta determinazione è elemento indispensabile per la trattazione d' indole dommatica che è contenuto del secondo capitolo (51-101). La terza parte riguarda le clausole penali nei vari negozi. Chiude il volume un indice accurato delle materie e delle fonti.

Il termine usato a designare la pena convenzionale è ἐπίτιμον e πρόστιμον, usati indifferentemente; πρόστιμον è il termine proprio del tardo periodo bizantino (cfr. ora Mitteis, *Grundzüge*, p. 77 [1]). La pena convenzionale è dovuta dalla parte inadempiente; il suo ammontare è in arbitrio delle parti (la somma dovuta a titolo di pena sarà più o meno elevata secondo la coazione indiretta all' esecuzione che si voglia ottenere); non v' ha rapporto alcuno tra l' ammontare della pena convenzionale e il valore o l' ammontare della prestazione.

Altro termine che incontrasi nelle clausole penali è ἡμιολία.

S' incontra in relazione con una somma determinata e significa la metà in più della somma a cui aggiungesi ($1 + {}^1/_2$: τὸ ἥμισυ τοῦ κεφαλαίου); può avere funzione penale, non essendo, in sè e per sè, che un modo di computare; si trova pure a designare un accrescimento convenzionale d'interessi (cfr. per un caso simile D. 32. 37. 5 [Scevola]).

L'A., a questo proposito, dibatte due questioni: una d'indole linguistica, cioè che la forma corretta da usarsi è ἡμιολία, più frequente

della forma aggettivale (non sostantivale, come si è pur sostenuto) ἡμιόλιον (la forma neutra è però mantenuta dal Mitteis, op. cit., 119[1]); l'altra relativa al computo dell' ἡμιολία, che egli dimostra non potersi intendere il 150 per cento, come si è affermato (Leemans, Révillout, Freundt).

Frequente è la stipulazione dei danni e delle spese (βλάβη καὶ δαπανήματα o ἀναλώματα) sia nel simplum che nel doppio, insieme o separatamente; il trovarsi essi nelle clausole penali non significa che abbiano il carattere proprio di pena; solo e piuttosto indicano il risarcimento del danno e della spesa, sia che debbano esigersi con la prestazione, sia che si presentino come un surrogato della prestazione stessa; hanno carattere penale quando sono stipulati nel doppio.

La pena o multa fiscale, che appare ancora nel IV secolo d. C., differisce dalla convenzionale in quanto deve pagarsi alla cassa dello Stato (nell'epoca tolemaica alla cassa del re, nell'epoca imperiale al fisco); essa ha la sua ragione e il suo fondamento nella volontà delle parti, che, nel periodo imperiale, la fissano normalmente in una somma eguale a quella da pagarsi dal contraente inadempiente (es. in un contratto di compravendita: καὶ προσαποτίσω - ἐπιτίμου ὡς ἴδιον χρέος διπλῆν τὴν τιμὴν καὶ εἰς τὸ δημόσιον τὴν ἴσην; dove ἴση riferito a quanto precede non deve intendersi διπλὴ τιμή, ma il prezzo semplice di compera). L' A. si occupa poi del ὡρισμένον πρόστιμον, e, con maggiore e diverso rilievo del Brassloff e dello Schubart, giunge a concludere che l' ὡρ. πρόστ. non è se non una multa fiscale, che si distingue da quella fissata dalle parti εἰς τὸ δημόσιον per ciò che le parti si richiamano a disposizioni di legge regolanti la multa fiscale.

Quindi non è pena convenzionale come incidentalmente affermò il Wilcken (*Griech. Ostr.*, 1, 368); e neppure, come volle il nostro Ferrari, è il πρόστιμον bizantino il τὸ ὡρισμένον πρόστιμον nel senso di pena convenzionale privata, il cui ammontare era fissato dalla legge.

L' A. chiude il primo capitolo trattando della clausola per cui le parti dichiarano che nonostante il pagamento della penale, il contratto resta valido ed effettivo (... χωρὶς τοῦ [ο μηδὲν ἧσσον] μένειν κύρια τὰ προγεγραμμένα).

Il secondo capitolo studia la pena convenzionale sotto il rispetto storico e dommatico. La pena convenzionale greco-egizia appare sempre nel contratto stesso di cui garantisce l' adempimento, nè si

incontra fissata per contratto speciale con riferimento a un diritto di credito già costituito. Dev' essere prestata al contraente fedele alle convenzioni dal contraente inadempiente; in caso di pluralità di debitori o creditori si trova spesso determinata la responsabilità solidale, che non appar quindi la regola. Il Berger si sofferma poi ad esaminare il significato delle espressioni οἱ παρὰ τοῦ δεῖνος e ὁ ὑπερ τ. δ., persone queste le quali non partecipano al contratto, ma che sono tenute alla prestazione della pena convenzionale. Con la prima di queste espressioni s' indicano i successori a titolo universale (se anche i successori a titolo particolare non è possibile decidere); con la seconda il rappresentante nel senso più lato del termine.

Teoricamente, nel primo caso, si tratta di vera e propria pena convenzionale dovuta dai successori universali, per questa loro posizione giuridica; nel secondo, invece, piuttosto di multa contrattuale, non partecipando il rappresentante al contratto, nè essendo legato dal vincolo giuridico che v' ha per i successori; ma poi mancano, il Berger afferma, elementi per ritenere che le pratiche conseguenze siano quelle derivanti logicamente dal rapporto, o che trattisi di un' aggiunta meramente di stile.

La pena può chiedersi, senza necessità d' interpellazione (cfr. però alcune sporadiche eccezioni, in casi di matrimonio, per la restituzione della dote e in un contratto di mutuo P. Gen. 43), ove l'obbligo principale consista in un facere o in un dare alla scadenza del termine apposto; ove l'obbligo consista in un non facere, al momento in cui il debitore fa quello che non dovrebbe fare.

Il soddisfacimento parziale del debito non influisce sull' obbligo della prestazione integrale della pena, salvo che le parti abbiano convenuto una proporzionale diminuzione.

Se la pena convenzionale si cumuli con l'interesse alla prestazione, il Berger ricerca a pagg. 80-93; e arriva a concludere che, contrariamente al diritto romano, il cumulo, nel diritto dei papiri, ha luogo, conforme al carattere strettamente penale delle clausole; e ciò non solo per l'epoca tolemaica (in cui la prassi costante dimostra un diritto consuetudinario), ma anche nel periodo romano e nel primo periodo bizantino; nel v secolo d. C. si ha invece in questo rispetto un cambiamento, che l'A. attribuisce alla persistente influenza del diritto romano e che si rileva da varî indizi: come lo scomparire

dell' ἡμιολία, l'abbassarsi delle pene pecuniarie, tendendo queste, a poco a poco, a perdere il loro carattere strettamente penale per assumere piuttosto quello di risarcimento dell' interesse alla prestazione.

Il Berger ha occasione di rilevare un fr. di Scevola (D. 45, 1. 122. 6) che, a suo avviso, rappresenta un caso di cumulo della pena convenzionale e dell' interesse alla prestazione. Scevola si sarebbe, nel suo responso, ispirato a quanto avveniva nel diritto greco-egizio. Ma non parmi si possa aderire alle vedute del Berger.

Il diritto romano, è l'opinione comune (ora, contro, per le stipulazioni concatenate, Perozzi, *Ist.* 2. 137), non ammise, come norma, il cumulo; questo unicamente era ammesso per l'accordo delle parti; la decisione di Scevola discende dalle circostanze stesse di fatto e di diritto che il caso presentava, e quindi è, per lo meno, indifferente.

Il caso prospettato è questo: due fratelli si sono divisa l'eredità « et caverunt sibi nihil se contra eam divisionem facturos, et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit »; uno di essi muore, l'altro agisce contro gli eredi di questi, sostenendo che la intera eredità, già divisa, gli spettava « ex causa fideicommissi »; e « adversus eum pronuntiatum est quasi de hoc quoque transactum fuisset ». Quid della pena? Scevola risponde che essa è dovuta.

La stipulazione intervenuta era una una stipulazione concatenata di questa forma: 'spondes nihil te contra divisionem facturum et si contra feceris C dare?' Sia che si consideri la stipulazione penale come condizionale, sia che la si consideri come novatoria della precedente stipulazione, secondo i principii essa è che si può far valere (D. 44. 7. 44. 6; e su questo testo le interessanti osservazioni del Marchi, *Disposiz. testam. a titolo di pena* in *Bull. Istit. dir. rom.*, 21, 86, lavoro che non vedo citato dall'A.). Colui che ha contravvenuto intentando l'azione da fedecommesso e attaccando per tal modo l'avvenuta divisione, è quindi tenuto dalla stipulazione penale; non è necessario ricorrere al cumulo per spiegare come colui che intenta l'azione per ottenere la pena stipulata, ritenga anche la parte assegnatagli del patrimonio ereditario diviso; ciò dipende dal fatto che all'avversario non è stato riconosciuto il diritto accampato, « quasi de hoc quoque transactum fuisset », e a chi agisce con l'azione della stipulazione penale non può opporre alcuna eccezione.

Nel caso in cui la stipulazione fosse stata semplice 'si quid contra

divisionem feceris, C dare spondes?' si sarebbe avuto: una stipulazione di 100 sotto condizione, e solo i 100 in obligatione (cfr. D. 45, 115. 2 e Ferrini, *Pand.*[3], p. 611[3]).

Il quarto capitolo è il più esteso (pp. 100-234), come quello che studia la clausola penale nei singoli negozi (mutuo, compra-vendita, locatio rei e operarum, divisione, compromesso, matrimonio, e, in fine, nelle disposizioni di ultima volontà); ma, data l'indole analitica della ricerca, non ci è possibile qui dirne altro se non ch' essa costituisce un pregevole e ricco contributo allo studio del diritto delle obbligazioni nel diritto greco-egizio, condotto con ammirevole diligenza.

Così come, del resto, per diligenza e metodo è ammirevole tutto il lavoro del Berger. Nel quale, se per l'indole stessa del tema, la parte espositiva prevale sulla critica, vanno rilevate e la completa conoscenza del materiale e della letteratura, anche italiana, e la quasi sempre accettabile interpretazione dei documenti e il ricco corredo di dottrina. Se non vi si agitano gravi questioni, quelle che si presentano sono con sicuro criterio risolte; se in questo o quel punto si può dissentire, non menomata ne riesce la impressione complessiva di lavoro lungamente curato e degnamente condotto.

G. Bortolucci.

SUL SIGNIFICATO DI "CONTRAHERE" IN GAIO E SULLA NON-CLASSICITÀ DELLA DENOMINAZIONE «QUASI EX CONTRACTU OBLIGATIO»

I. Gai I. 3, 91. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest «si paret eum dare oportere», ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.*

Un confronto dell'ultima parte di questo paragrafo (da *sed haec*) coi §§ 88 e 89 mostra che tra l'una e gli altri v'è contradizione [1]). Nel § 88 la *obligationum divisio* che *in duas species* (*ex contractu - ex delicto*) *diducitur* [2]), vien dichiarata *summa* e perciò esauriente (*ommis... vel... vel...*) [3]); poi nel § 89 vengono enunciati tutti (*aut... aut...* etc.) i modi del *contrahere;* quindi si passa alla enu-

[1]) Notata già da SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno* (1906). Estr., p. 4 [1].

[2]) La opposizione *delictum* (*poena*) - *contractus* (*negotium gestum, contrahere*) torna, nelle Inst. di G. (oltre che in 3, 182), nel diritto delle *actiones*: 4, 2. 80, 182 (ove non c'è ragione sufficiente per ammettere col PEROZZI, *Ist.*, 2, 17, 2, proprio un glossema); nei Dig. la opposizione torna in Pomp. ad Q. Muc. 40, 7, 29 pr.; Paul. 12 ad Pl. 5, 1, 24, 1; 19 ad ed. 11, 5, 4, 1; 25 ad ed. 11, 6, 4 (su cui PERNICE, *Labeo*, 2 [2], 2, 174); Ulp. 6 ad ed. 50, 16, 12; 11 ad ed. 4, 4, 9, 2, 3 (P. 401); 23 ad ed. 9, 3, 1, 7.8; 28 ad ed. 14, 1, 1, 2; 29 ad ed. 14, 5, 4, 2; 1 ad ed. aed. c. 21, 1, 23, 4 (cfr. 1 disp. 50, 17, 58): sempre in questioni di spettanza d'un'azione derivata, o di competenza (cfr. anche SVET. *Vita Aug.*, c. 32).

[3]) Cfr. Gai. I. 1, 9: *omnes... aut... aut.* Consimili *summae divisiones*, oltre quella delle *personae* (1, 9), sono quella delle *res* in *articuli* (2, 2) e quella delle *actiones* in *genera* (4, 1).

merazione dei *contractus re*, e nella prima parte del § 91 il ricevimento di pagamento indebito vien dichiarato parimenti (*quoque*) una *obligatio re:* ossia, come parrebbe, un *contractus re*, poichè, secondo il § 89, la *res* è appunto uno dei modi del *contrahere*. Invece poi s' incontra l'affermazione, un po' strana: *sed haec etc.*: la quale ritratta, quel che era stato detto: vien riconosciuta una *species obligationis (re)*, la quale *non videtur ex contractu consistere*. Pertanto l'ultima parte, almeno, del § 91 non può derivare dallo stesso corso di pensieri da cui deriva ciò che precede: o questo soltanto è proprietà di Gaio e quella non è che una glossema [1]), ovvero ciò che precede proviene dal testo più antico che G. rielabora nelle sue Inst. [2]) e l'ultima parte del § 91 è piuttosto una aggiunta propria di Gaio [3]). La prima spiegazione è troppo semplice e priva di prove per meritare una confutazione diretta; la seconda è, senz'altro, più verosimile [4]), poichè G. non è, rispetto al testo più antico, un rieditore, sì un rielaboratore. Che egli si sia permesso aggiunte contenenti una critica delle decisioni tradizionali o un'esposizione di diritto più recente [5]) è a tutti noto.

Anche la contraddizione del § 91 non sorge, in realtà, affatto improvvisa: nella prima parte è stata scelta a bella posta l'espressione indeterminata *re obligari*, e la obiezione dell'ultima parte si dirige anzitutto contro la decisione di alcuni giuristi menzionata nel mezzo del paragrafo (*unde-datione*). Tutto ciò fa supporre o che il principio e il mezzo del paragrafo, quantunque tolti dal testo anteriore, siano stati da G. modificati, ovvero che il § 91 derivi per intero da lui. Questo è più verosimile, e vien confermato dal significato non esemplificativo, ma dichiarativo del *veluti* (cf. p. es. I. 3, 182). Secondo l'autore del testo anteriore, il carattere del *contractus re* vero e proprio

[1]) Sui glossemi nelle Inst. G. v. STUDEMUND, *Coll. libr. iur. antelust.* 1, IX sg.; KNIEP, *Praescr.* u. P. 14 sgg.; in particolare sul significato del « *sed* » in I. 1, 38, 132, 157, v. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte G.* 38, 44, 48.

[2]) Mi limito a citare JÖRS in *Realëncykl.*, P.-WISSOWA, 5, art. 'Domitius Ulp.', 1494 sgg., KUEBLER, ivi, 7, art. 'Gaius', 497 sg., KNIEP, *Der Rechtsgelehrte G.*

[3]) Così già PEROZZI, *Obbligazioni rom.*, 100, nota.

[4]) Della genuinità dell'ultima parte non è, del resto, indizio sicuro il § 1 Iust. I. 3. 14.

[5]) Così i §§ 65-79 Gai. I. 2 vennero dimostrati (P. KRUEGER, *Sav.-Z.*, 22, 49 sgg. H. KRUEGER, ivi, 23, 485) essere aggiunti da Gaio.

ossia civile [1]), è l'atto che fonda la *obligatio*, il dare e prendere della *pecunia* o *res* con trapasso della proprietà [2]). *Contractus re* non sono nè la *fiducia*, nè il *depositum*, *commodatum*, *pignus* [3]), quella perchè la *mancipatio f. c.* produce un trapasso di proprietà incondizionato, non essendo la restituzione dedotta in una vera *obligatio*, ma solo pattuita; questi perchè la *traditio* non trasmette proprietà e il diritto al rilascio a tempo della cosa non può esser fatto valere che mediante *exceptio*.

D'altra parte però dal *veluti* del § 90 I. 3 non si deve concludere che il testo anteriore presentasse la *mutui datio* come l'unico *contractus re* possibile. La qualità di mutua che la *pecunia* ottiene nella *mutui datio* non è l'unica essenziale al *contractus re*; essenziale è, soltanto, che la *datio* sia, in generale, tale da imprimere alla *pecunia* una determinazione che non la faccia passare senza riserva nel patrimonio dell'*accipiens*. Di tale *datio*, che è appunto il *credere* presupposto dall'*actio certae creditae pecuniae*, la *mutui datio* è soltanto il modo normale [4]); anche l'*indebitum solutum* è un modo del *credere*, e già sin da antico esso dovè fondare una pretesa da farsi valere mediante la stessa formula astratta a *dari oportere*. Ciò appunto testimonia Gai. § 91 I. 3.: il confronto con la *mutui datio* (*proinde ac si*), se lo si vuole interpretare, come appartenente al testo anteriore, nel senso di quest'ultimo, non è che una espressione intuitiva per chiarire, mediante la specie più nota, il corrispondersi necessario e generale tra la *re obligatio* e il *condici posse* [5]). Non così peraltro nel testo di Gaio: poichè questi lo premette alla decisione dei *quidam*, il confronto ottiene il senso di espediente costruttivo per dedurre (*nam*) quella dalla identità, che per Gaio è solo esteriore, della *obligatio*. Ma in realtà

[1]) Il testo anteriore era un manuale di solo diritto civile; tale, in massima, è restato anche il testo di Gaio.

[2]) Così, secondo Gai. I. 2, 81. 82, v'è rapporto d'identità (*quia - quia non*) tra il *pec. accipientis facere* e il *contrahere obligationem*.

[3]) I quali tuttavia debbono essere stati riconosciuti nella più antica età; per il *pignus* cfr. NABER, *Mnem.*, 31, 213, sg.; da Gai. I. 2, 60, 64; 3, 200, 204; 4, 12. 26, 32, 147, si può indurre che il posteriore negozio non formale ha un addentellato molto antico.

[4]) Che il mutuo sorse come una specie del *creditum* dimostrò il PERNICE, *Labeo*, 3, 220 sg.

[5]) Che del resto il confronto fosse usuale nei manuali più antichi, si può concludere da [Theoph.] 3, 14, 1.

quella che G. riporta quale decisione estranea non è che la giusta conseguenza d'una concezione propria del testo da cui egli attinge e che è espressa al § 107 I. 3 Il *negotium gerere* sta qui con l'*ipsum obligari* (o il *tut. auctoritatem necessariam esse*) nel rapporto di fattispecie generica a fattispecie specifica (ciò che esprime il *si* col congiuntivo): per un *ipsum obligari* al di fuori del *negotium gerere* non resta alcuna possibilità. In rapporto d'identità stanno inoltre il requisito della *tut. auctoritas* e quella specie del *negotium gerere* che crea una *obligatio* pel pupillo: come per converso (*nam*) stanno nello stesso rapporto la non necessità della *tut. auctoritas* e quella specie del *neg. gerere* che acquista al pupillo una *obligatio* [1]).

Per contro nel § 91 il *negotium gerere* da parte del pupillo [2]), quale presupposto generico di una *obligatio* di lui, che G. nel caso discusso ammette, è lasciato cadere: di un *negotium gerere* [3]) si parla solo da parte dell'*is qui dat*; il *pupillus* è soltanto designato, e a bella posta, quale colui *cui datum est*, non *qui accepit*: egli è uno *quocum negotium gestum est*, non *qui negotium gessit*, con l'atto dell'*accipere*: egli *viene* obbligato senza sua cooperazione. Pertanto nel pensiero di G. il confronto dell'*indebitum solutum* con la *mutui datio* non dev'essere che una constatazione della identità della pretesa nella sua forma processuale, non anche della fonte dell'*obligatio*; nel resto i due negozi giuridici confrontati sono per lui del tutto dissimili. Perciò una *obligatio* secondo G. può sorgere da parte del pupillo senza che si richieda la *t. auctoritas*. Tale requisito è riconosciuto, invece, alla *obligatio pupilli* come incondizionato da Jul. 21 dig. (*de tutelis*) 26, 8, 13 (26, 1, 6 per.: P. 322) [4]): dal (*condictione*)

[1]) La ragione materiale di ciò è detta al § 83 I. 2 (*quoniam* ecc.).

[2]) Quanto alla *mulier* è da notare subito che, sebbene per lei *si se obliget* valga lo stesso principio (Ulp. l. s. reg. 11, 27), pure ne sono eccettuate le *alienationes* di *res nec mancipi*, quindi anche quella di *pecunia* (e il suo ricevimento; I. 2, 85); per questo fatto la notizia di G. al § 91 peccherebbe d'imprecisione. Ma ciò non è verosimile; si tratta piuttosto di un glossema poco abile nel testo veronese: *aut mulier*; il che è confermato dal fatto, che esso manca nel testo corrispondente 3, 14, 1 delle Inst. Iu.

[3]) Per l'espressione *neg. ger.* nelle Inst. G. V. 3. 106, 107, 136: 4, 70, 71; *negotium* nel senso tecnico di negozio giuridico obbligatorio si trova inoltre solo in 3, 140 in senso non ambiguo. Al § 91 *negotium* è = rapporto di obbligazione.

[4]) Che il *quidam* del § 91 accenna a Giuliano fu veduto già dal PERNICE, *Labeo*, 1, 419 e dal BEKKER, *Aktionen*, 1, 115, 10 (pubbl. nello stesso anno 1872). Espressamente è citato Giuliano da G. altrove: 2, 218, 230.

teneri degli *impuberes, cum pecuniam mutuam acceperint* egli conclude (*quare et*) al *cond. teneri* di essi, *si non debita pecunia* (*eis*) *soluta fuerit:* il *sufficere,* anche qui, della *interposita t. auctoritas* significa che essa è così sufficiente come necessaria. Il *teneri condictione* corrisponde all'*obligari* nominato prima: al quale corrisponde il *negotium contrahere* del fr. seguente 26, 8, 14 (P. 323).

A tale costruzione, Gaio nell'ultima parte del § 91 obbietta solo che: *is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere:* egli si limita a enunciare una pura tautologia (*solvere - distrahere* (*negotium*). Nè il testo anteriore di G. nè Giuliano avevano, per vero, lasciato fuori di considerazione, nel fatto del contrahere quell'elemento della volontà che G. accentua, poichè per essi nell'atto stesso era manifestato un volere; la questione non è questa; bensì se il *distrahere* voluto non possa, in talune circostanze, rappresentare un *contrahere* [1]). Ma appunto tale questione viene da G. implicitamente negata: col tener fermo al primo aspetto, da cui si presenta la fattispecie, egli lascia con piena coscienza fuori di considerazione l'aspetto ulteriore, sotto cui quella può ravvisarsi. Ciò implica una duplice concezione. Da una parte che l'*animus* originario di chi in generale *neg. gerit* deve valere per sè solo nella sua particolarità e non ha bisogno di una ulteriore rappresentazione scientifica. D'altra parte, e sopratutto, che il rapporto obbligatorio immediato, in cui quell'*animus* si esplica da prima, è l'unico, secondo cui si debba regolare il trattamento pratico di esso *animus*. Così G. afferma che, poichè *contrahere* e *distrahere* sono, come tali, atti di carattere diverso e opposto, chi ha fatto l'uno non si può considerare aver fatto l'altro; essi sono inconvertibili tra loro. In specie dall'*indebitum solutum* sorge bensì sempre una *obligatio*, ma non da un preteso *contrahere,* neanche, addirittura, dall'atto stesso del *distrahere* [2]). poichè questo, anzichè alla *obligatio*, mira alla *liberatio,* bensì dal trapasso di proprietà (*res*) che ne segue.

Per contro i *quidam* del § 91, per concludere il *non obligari non magis q. mutui datione* non facevano che invertire il principio espresso al § 84 I. 2: *si debitor* (rispettivamente *non debitor*) *pecuniam pupillo solvat, facit quidem pec. pupilli sed ipse non liberatur*

[1]) Ben lo notò il PERNICE, *Labeo*, 3, 246.

[2]) Così, espressamente, Iust. I. 3, 27, 6.

(risp. *eum non obligat*), *quia nullam obligationem pupillus sine tut. auctoritate dissolvere* (risp. *contrahere*) *potest*. Tale inversione appare presupposta da Jul. 39 dig. 12, 6, 33 (P. 551 [2]) [1]), *is qui non debitam pec. solverit* (forse da emendare in *solvit*) *hoc ipso aliquid negotii gerit: l'indebitum solvere* è, quale *solvere* in generale, un *neg. gerere*, un *neg. contrahere* [2]). Quale *contrarius actus* del *contrahere* [3]), quale estintivo della *obligatio*, il *solvere* appare atto della stessa efficienza del *contrahere* [4]); quella estinzione non è pura negazione della *obligatio* in generale, bensì negazione di una determinata *obligatio* contratta prima. Il *solvere* chiude il ciclo della *obligatio*, che il *contrahere* apre: quindi vi sta dentro parimenti, è atto obbligatorio; nel togliere la *obligatio*, il *solvere* si dirige, come a suo presupposto, a un *contrahere* precedente e per ciò stesso ne assume il carattere. Per sè il solvere è un negozio giuridico nuovo che, mentre presuppone il *contrahere*, eventualmente può far propria anche la efficienza particolare del *contrahere*, fondare cioè esso stesso per la prima volta una *obligatio*. Così opera il *solvere* quando il *debere* suo presupposto esiste soltanto o nella opinione del *solvens* o come invalido: il *debere* irreale o cessato sta in fondo al *solvere:* ciò fa sì che quella *obligatio*, a cui il *solvere* era diretto per toglierla via, venga sostituita da una *obligatio* posteriore di *reddere* da parte del medesimo *accipiens*. Qui dal particolare modo di operare del *solvere*, in opposizione del *contrahere*, si può prescindere affatto; come me-

[1]) Per vero, da Ulp. 16 ad Sab. 12, 6, 2 pr. (P. 2544 [2]) si può arguire che già Sabino concepiva quale *neg. contrahere* il *solvere* sotto condizione risolutiva; ma ciò non prova che egli concepisse così il *solvere* in generale; se il fr. cit. risale a lui, pare che egli accentuasse il particolare volere (manifestato o fatto supporre) che al *negotium* pone una determinazione accessoria (*sic ut reddatur*); ma per Giuliano un volere particolare non si richiede; l'atto stesso del *solvere* portandolo così a conclusione, facendone un *negotium contractum* in questo modo, è manifestazione di volontà sufficiente.

[2]) Il *neg. contrahere* accennato avrebbe consistito nel *restituere ex causa fideicommissi* di *domus hereditariae* (Iul. 39, Dig. 30, 6); P. 551 [1]), quale *solutio* di una *obligatio* (Gai. I, 2, 277; 34, 5, 7; Marc. 35, 2, 32, 4; Scaev. 32, 1, 78; Paul. 32, 6, 1; Ulp. 32, 3, 1; 36, 1, 18, 2) tra l'erede e il fedecommissario.

[3]) Cfr. Pomp. 46, 3, 80; Iul. 12, 1, 20; dei due riferimenti nominati da Paul. 36 ad ed. 46, 3, 54, il primo è l'originario, il secondo è storicamente derivato da quello.

[4]) V. Gai. I, 3, 84; Paul. 6 ad Sab. 46, 3, 15; Ulp. 46, 3, 14, 8, e *a contrario* 41, 2, 19; v. inoltre Erman, *Solutionsakte*, 55 sgg., *Sav.*, *Z.*, 18, 253.

diante la *obligatio, solvere* e *contrahere* si presuppongono a vicenda quali analisi e sintesi, così essi si eguagliano nella qualità comune di *negotium gerere*, che esclude il donare [1]; e nel linguaggio dei giuristi, ai quali Gaio si oppone, il *solvere* ottiene la designazione di *contrahere* [2].

II. Gai. 3 rer. cott. 44, 7, 5 pr. - § 3 (P. 506 [3]).

§ 3. *Is quoque qui non debitum accipit per errorem solventis obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur.*

Soltanto di questo paragrafo è, nel § 91 I. 3, conservata una redazione che noi possiamo ritenere identica nelle sue linee essenziali con quella, a noi ignota, del testo originario gaiano del § 3. Che la dicitura di questo paragrafo appartenga a Trib. [3]) si argomenta dal significato rigoroso del linguaggio tecnico pei classici; i quali non avrebbero accettato alla leggera una nuova terminologia se non quando fosse loro parsa migliore [4]). Il mutamento *accipit per errorem solventis* fa apparire qual fonte della *obligatio* non il fatto dell'aver ricevuto, sì l'errore nel pagamento che nei classici non è mai rilevato come qualcosa di per sè stante [5]). Il mutamento *quasi ex mutui datione obligari* presuppone che l'*indebitum solutum* non si giustifichi già di per sè quale fonte di *obligatio*, ma che a tal fine

[1]) Poichè l'*animus solvendi* presuppone una prestazione dovuta, esso è inconciliabile con la coscienza del contrario (p. es. Iul. 41, 4, 7, 2; Paul, 46, 2, 12). La opposizione *negotium-donatio* torna in Arist. (Ulp.) 39, 5, 18 pr. 1; Iul. 12, 1, 20; Pomp. 41, 1, 19; Scaev. 24, 1, 58 pr.; Ulp. 24, 3, 24, 4; 16. 1, 4, 1; Paul. 39, 6, 35, 3 (*qua parte*); non dicono il contrario Jav. 38, 5, 12; Ulp. 39, 5, 12. Cfr. d'altra parte Paul. 13 ad Sab. 43, 26, 14. Il *negotium* presuppone una reciproca indipendenza degli scopi delle parti, mentre nella *donatio*, anzichè incontrarsi, sono identici sin dall'origine.

[2]) Così, oltrechè in Iul. 12, 62, 33, anche in Alf. 2 Dig. a Paulo ep. (P. 47) ove l'*accipere et solvere* sono designati per *negotium gerere*. Con che è da confrontare Paul. 11, 5, 4, 1, ove l'*accipere pecuniam* è dichiarato *negotium*, e Paul. 17, 1, 22, 2, ove *negot. gerere* è dichiarato il *debitum* (*meum - idem debitoris mei -*) *persequi*.

[3]) Così già Perozzi, *Obblig.*, 149. in nota.

[4]) Cfr. v. Fehr, *Beitr. zur L. V. röm. Pfr.* 42.

[5]) Neanche in Pap. 12, 6, 54 (cfr. Pernice, *Labeo*, 3, 243 sg.).

abbia bisogno della mediazione artificiosa della *m. datio*. E, poichè il confronto con questa dal riferimento all'*actio* è trasportato al riferimento alla *obligatio*, la eguaglianza processuale diviene finzione materiale; ciò si connette con la tendenza postclassica a rilevare il diritto subiettivo di fronte alla pretesa e la pretesa di fronte all'azione[1]), e a identificare (a priori) questa con quello, dove i classici avevano, per converso, identificato (a posteriori) quello con questa[2]): il che si esprime anche qui nella sostituzione del termine tecnico con la indeterminata *actio quà debitores creditoribus* (*tenentur*).

Ma il fatto più notevole per noi è che la parte mediana del § 91 I. 3 (*unde datione*) è stata del tutto omessa: così che la esposizione prende un carattere affatto teorico, e il seguente *sed* perde la sua punta, il suo significato.

Invece si incontra l'imperioso *non potest intellegi*, quindi la indeterminata ricapitolazione *is qui tenetur*, in fine una ripetizione abbastanza fedele dell'argomento gaiano: *non... ex contractu obligatus esse: qui enim... magis distrahendae quam c. o. dare videtur*.

Un confronto del § 3 del fr. 5 col § 6 del titolo 3, 27 corrispondente al fr. 5 nelle Inst. Ju. mostra che ivi il processo di trasformazione è più inoltrato. Anzitutto qui sorge l'affermazione, nuova[3]), *quasi ex contractu dare videtur*, la quale rende generale l'espressione *quasi ex mutui datione*, poi l'altra *magis... ex distractu quam ex contractu... obligatus esse*, la quale trasporta l'osservazione gaiana, che si riferiva all'*animus* del *solvens*, al modo del sorgere della *obligatio* stessa. Solo di poi viene addotto l'argomento gaiano, e proprio alla fine è menzionato quello che per Gaio era stato il punto di partenza. Invece nelle Inst. Ju., nel § 1 (3, 14), è conservata quasi intatta[4]) la dicitura del § 91 I. 3; in particolare poi è conservata la

[1]) Cfr., per es., v. MAYR, *Sav.-Z.*, 25, 214.

[2]) È noto l'ufficio assegnato da Giust. alla *condictio*, che per lui è un riempitivo generale (v. PFLUEGER, *Cond. und kein Ende*, 12; PERNICE, *Labeo*, 3, 203 sg. in nota). Così nel diritto postclassico si tende a identificare di nuovo la *actio in personam* con la *condictio*: Val. et Gall. C. 8, 54 (55), 1; Ulp. l. sing. reg. 44, 7, 25 pr. (itpl., come ben spiega lo PFLUEGER, loc. cit., 9 sg.).

[3]) Poichè, quanto al § 1 del fr. 5, la espressione *quasi ex contractu teneri videri* nel testo originario gaiano era usata in tutt'altro nesso e aveva tutt'altro significato da quello che ha nel § 1.

[4]) Se si eccettuano il *dari* della *actio, condictio* e alcune alterazioni di parole.

parte mediana (*unde-datione*), con la differenza che la decisione dei *quidam* viene accettata, senza far di loro menzione.

Dalla redazione diversa del § 1 (3, 14) e del § 6 (3, 27) nelle stesse Inst. Ju. si potrebbe ora arguire che così l'uno come l'altro rendessero testi gaiani indipendenti tra loro, dei quali l'uno sarebbe stato scritto in connessione coi *contractus re* (nelle Inst. G.), l'altro in altra connessione (nelle *Res cott.*). Ma è da osservare in contrario che quella duplicità di redazione si spiega almeno egualmente bene, supponendo che il testo elaborato nel § 6 (3, 27) fosse direttamente il § 3 D. 44, 7, 5, nel quale a sua volta sarebbe stato elaborato, come abbiamo mostrato, un testo di Gaio (*Res. cott.*) identico con quello delle sue Inst.

§ 2. *Heres quoque qui legatum debet, neque ex contractu neque ex maleficio obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur: maleficium autem nullum in ea re esse plus quam manifestum est.*

Qui la doppia negazione *neque ex contractu neque ex maleficio* e l'appendice *maleficium autem-plusquam manifestum* (!) *est* cadono troppo fuori del tono del discorso perchè sia permesso attribuirle a un giurista romano. In un libro per la pratica G. non aveva alcuna ragione di trarre in questione il *maleficium* a proposito del *legatum*; il trasporto a questo punto, della opposizione tradizionale *contractus-maleficium*, per negarli entrambi del *legatum*, tradisce piuttosto la tendenza scolastica e pedante dei compilatori. Quella negazione *simmetrica* significa che il *legatum*, quanto poco può venir concepito quale *maleficium, tanto poco* può venir riguardato quale *contractus*. Ora, tale parità di negazione così in astratto, senza un fine pratico supponibile non può essere di un classico. Dove i giuristi fanno uso della opposizione *contr.-del.*, tirano una conclusione positiva *a contrario*, per dilemma e dove riescono a negarli entrambi di una stessa fattispecie, hanno in mira conseguenze pratiche: così Ulp. 9, 3, 1, 8 arguisce (*quia-non*) la spettanza dell'*actio noxalis*, ovvero *de peculio*, dalla esclusione del *contractus*, ovvero del *delictum* e così per via indiretta viene a negarle l'una e l'altra. Questa constatazione ci segnala un paradigma, che a Trib. dovè servire di canone per la interpolazione del fr. 5 pr. § 2, e che riappare manifesto nel tit. 3 27 I. Ju.: esso può determinarsi nel modo seguente (o in uno consi-

mile): *neque* (*ex contractu*)[1]) *neque ex maleficio* (... *obligatus esse intellegitur:*) (*nam*) (*neque ... contraxisse intellegitur*): *maleficium autem... nullum est.*

D'altra parte dal § 91 I. 3 si può trarre un egregio schema per ricostruire il contenuto verosimile di ciò che dovè essere il testo originario gaiano di quanto precede ora il § 3. Lo schema si può distinguere in tre parti, da determinare nella guisa seguente (o in una consimile):

1. *a*) ipotesi di un rapporto obbligatorio: *is qui* (o *si quis*)..., *obligatur*;

b) sua motivazione processuale, che però talvolta (così, forse, al § 1) può formare, essa stessa, l'ipotesi e che contiene il (o prelude al) paragone con una *actio* analoga: *nam proinde* ⟨*agi*⟩ *potest... ac si...*

2. Notizia di una decisione di altri giuristi arguita da quella analogia: *unde quidam putant... non magis quam...*

3. Rifiuto di quella decisione (introdotto con *sed*):

a) negazione del preteso rapporto tra l'*actio* o l'*obligatio* e la sua fonte materiale: *haec actio* [o *obligatio*] *non videtur ex contractu consistere*;

b) motivazione, che però talvolta (così forse, al § 1) può essere contenuta nella negazione stessa: *nam is qui .. magis .. quam... contraxisse intellegitur.*

Conforme a ciò, nel § 2, dal testo originario non può derivare più che questo: *heres quoque qui legatum debet* ⟨*non*⟩ *ex contractu* [...] *obligatus esse intellegitur: nam neque cum defuncto neque cum herede contraxisse quicquam legatarius intellegitur* [...]. Questo è bensì, per sè solo, un frammento di testo, senza occasione pratica; ma è anzitutto ben verosimile che esso corrisponda alla terza parte del discorso Gaiano.

La parola *debere* ci induce a una ipotesi circa il contenuto del resto. Poichè G. si doveva giovare di un testo anteriore sabiniano, egli non poteva alludere che al *legatum per damnationem* (*et sinendi modo*: I. 2, 213): il che pare confermato da [Theoph.] 3, 27,

[1]) Le parentesi rotonde includono parole appartenenti al testo originario gaiano, riportate per rendere più spedita l'intelligenza del paradigma d'itplz.

5[1]). Ora Gaio I. 2, 244 (2ª metà) fa menzione della controversia *an ei qui in pot state sit eius, quem heredem instituimus, sub condicione recte legemus*: Sabino e Cassio rispondono di sì, purchè la condizione si verifichi dopo cessata la *potestas*; i Proculiani rispondono di no, *quia, quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.* In quanto la controversia venga riferita a un *leg. per damn.* il solo termine *debere* non ci fornirebbe il carattere della dottrina proculiana, poichè in quel caso anche la sabiniana parla di *debere.* Quel carattere sta piuttosto nella equiparazione (*non magis-quam*) del *sub condicione debere* col *pure debere*, la quale trova la sua ragione solo in un presupposto paragone del *debere ex testamento* col *debere ex stipulatu*[2]): poichè è regola della *stipulatio* l'*accipere vires ex praesenti* (Paul. 1 man.: vat. 55 - 45, 3, 26), onde segue che una *stipulatio* tra il soggetto a *potestas* e l'avente la *potestas* è inefficace (Gai. I. 3, 104).

Al § 244 G. non esprime la sua approvazione per Sabino; ma la esprime (*constat*) nel § seguente, dove fa il caso inverso. Orbene l'analogia delle *formulae* rispettive del legato e della *stipulatio* dovè fornire alla dottrina proculiana un appoggio importante, se non l'occasione: in particolare l'analogia tra l'*actio incerti ex testamento*, che il *leg. per damn.* di un *incertum* generava nella medesima guisa[3]) che il *leg. sinendi modo* (Gai. I. 2, 213) e l'*actio incerti ex stipulatu*, doveva apparire ben stretta[4]). Da tutto ciò ci par lecito concludere che nel testo originario del § 2 Gaio doveva discutere una questione molto consimile a quella del § 3 (I. 3, 91): proponiamo lo schema seguente:

(1ª parte) *heres* [*quoque?*][5]), *eius rei nomine quae per damnationem vel sinendi modo legata est, obligatur* (*veluti cum...*: esempio): *nam legatario cum eo in personam actio est « quidquid heredem ex testamento dare facere oportet ».*

[1]) Cfr. WLASSAK, *Sav.-Z.*, 31, 229; dal fatto che il legato di cosa altrui è l'unico ivi nominato, arguisce il Wl. che il testo di Gaio doveva addurlo ad esempio di *leg. per damn.*

[2]) Cfr. MITTEIS, *Sav.-Z.*, 32, 20.

[3]) LENEL, *Ed.*², 355.

[4]) L'*actio certi* aveva, oltre l'aggiunta *ex testamento* (Gai. I. 4, 55), anche una formulazione diversa dalla *condictio certi*, in rispondenza con l'effetto della litecrescenza (LENEL, loc. cit.).

[5]) Il *quoque* può essere stato aggiunto da Trib.

(2ª parte) *unde quidam putant ei qui in potestate sit eius quem heredem instituimus nec sub condicione nos recte legari, cum, quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possimus* [1]).

(3ª parte) *sed heres qui legatum debet non videtur ex contractu obligatus esse: nam neque cum defuncto neque cum herede legatarius contraxisse quicquam intellegitur.*

Per vero i Proculiani parlavano di *debere* anche nel *legatum per vindicationem* [2]): ma nel caso fatto da G. ciò non importava: egli accentua il senso obbligatorio della parola e si volge contro la pretesa analogia col *debere ex stipulatu*, ossia *ex contractu*. Che, peraltro, Sabino nel fare netta distinzione tra il *legare* e quella specie del *contrahere*, che è il *contractus verbis*, in relazione alla *actio* rispettiva, volesse inoltre escludere dal *legatum* ogni idea di *contrahere*, in ogni relazione, non è affatto provato dalla obiezione di G. La posizione del *legatum* nel sistema del diritto ereditario prova soltanto che esso non è un *contractus* nel senso tecnico del § 89 I 3 [3]); d'altra parte Ulp. 24 *ad Sab.* 50, 17, 19 (P. 2670) (decisione che dovrebbe risalire appunto a Sabino) presuppone un *contrahere cum legatariis* da parte dell'erede e soltanto, per motivare la *liberatio* dell'erede, che paga a un legatario *filius f.* [4]), accentua la eccezionale non-spontaneità di quel *contrahere*. Invece la obiezione di Gaio al § 2 contiene una negazione generale del *contrahere*, la cui ragione implicita dovrebbe essere la seguente: che l'accettazione del *leg. per damn.* è soltanto un atto unilaterale diretto a percepire un diritto, ad acquistare una pretesa, che già sono stati attribuiti dal testatore; di fronte al quale il legatario, a sua volta, appare un donatario, anzichè uno *stipulator*.

Lo stesso avrebbe detto G dell'*aditio* (*cretio* e *p. h. gestio*) da parte dell'*heres* istituito o preteso; Marce. (Ulp) 42, 4, 3, 3, Paul.

[1]) Si potrebbe supporre che Gaio adducesse l'altra decisione controversa (I. 3, 98) *legatum sub impossibili condicione relictum... diversae scholae auctores nihilo minus...* QUAM STIPULATIONEM *inutile existimant*; senonchè a ciò sta contro il fatto che G. non trova, qui, una idonea *diversitatis ratio*.

[2]) Cfr. SEGRÈ, *St. Scialoja*, 1. 206 sg.; WLASSAK. *Sav.-Z.*, 31, 281, 3; MITTEIS, *Sav.-Z.*, 32, 20.

[3]) Cfr. Ulp. 12, ad ed. 50, 16, 20; 28, 1, 15; Gai. I, 3, 81; Paul. 11 ad ed. 14, 7, 40.

[4]) Così CUIACIO, *Observ.*, 7, 36.

eod. 4, Ulp. 50, 17, 19 parlano invece, a certi effetti pratici, di un *contrahere*, ma solo per fondare le *obligationes hereditariae*, in quanto, cioè, la *hereditas adita* rappresenti un *aes alienum* (cf. Jav. 42, 5, 28; Ulp. 29, 2, 6 pr. 8 pr), non in quanto, come pura di debiti, permetta un acquisto gratuito: il *contrahere* è con gli *alii*, con coloro che hanno pretese sull'*aes hereditarium*, quindi, pei detti giuristi, anche coi legatari.

Pr. § 1. *Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet: si vero sine mandatu placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus invicem experiri possunt de eo quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur antea contraxisse neque ullum maleficium est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: ...*

Che il testo originario del pr., § 1, non fosse strettamente collegato con quello dei §§ 2-3 si può arguire anche dal fatto che i §§ 1-2 loro corrispondenti nelle Inst. Ju. sono separati dagli altri due §§ 5-6 da una interpolazione molto estesa (§§ 3-4). Il nesso principale nel testo originario del pr. § 1 del fr. 5 era formato dalla stretta affinità, che unisce i tre *bonae fidei iudicia mandati, negotior. gest. tutelae*, quali azioni generiche sorgenti da negozi giuridici, il carattere comune dei quali è il concetto generale di gestione d'affari altrui.[1]) Paragoni fra loro sono spesso fatti dai giuristi a proposito di alcuno di essi trattato *ex professo*: così Paolo, 5 ad Plaut. (mandati) 17, 1, 45, 2, connesso con 27, 4, 6 (P. 1113[1-2]), trae in discorso la tutela in relazione alla regola: *si tutor pro pup. se obligavit, habet contrariam actionem et antequam solvat*; inoltre lo stesso, 7 ad Paut. (de tutelis) 3, 5, 15 (P. 1135), tira in discorso la *negot. gestio* in relazione alla regola: *sed et cum aliquis negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed*

[1]) Sciente, non soltanto volontaria, ma anche necessaria: v. CUIACIO, *Opp.* (ed. Neap.), 2, 111 G.; sopratutto WLASSAK, *Zeit. Gesch. d. negot. gestio*, 26 sgg, 140 sgg.; di recente PETERS, *Sav.-Z.*, 32, 186, 280.

unus contractus[1]); infine, lo stesso giurista; 32 ad ed. (*mandati*) 3, 5, 41 (42) (P. 489) traccia uno schema molto simile a quello del fr. 5 pr.[2]) L'analogia ci fa credere che anche nel fr. 5 pr. il paragone delle due specie di gestione *ex mandatu - sine mandatu*[3]) appartiene a Gaio. Il quale avendo già nel secondo libro (17, 1, 2: P. 503) trattato il *mandatum*, qui lo menziona appena per paragonare la sua formula con quella della *neg. gestio*. Per vero nella redazione attuale del fr. 5 pr. il paragone manca di uno scopo pratico; ma il corso di pensieri del testo originario doveva essere consimile a quello del testo dei §§ 2-3 (quantunque non strettamente uniti al pr. § 1, e giacere in fondo alla connessione notata qui sopra. Il paragone delle formule doveva essere addotto da Gaio quale argomento per cui alcuni giuristi pervenivano a equiparare a certi effetti pratici la *negot. gestio* al *mandatum*. La decisione respinta da Gaio si appoggiava a una costruzione della *neg. gestio* quale fonte di un *invicem obligari*, indotto dalla formula. Con particolare chiarezza in relazione alla formula del *mandatum*[4]), ma anche in relazione alla formula della *negot. gestio*[5]), della *tutela*[6]) e del *commodatum* (Paul 29 ad ed. 13, 16, 17, 3), i giuristi accentuano la reciprocità delle pretese, mediante *invicem, ultro citroque, utrimque - actiones nasci, experiri posse*, o *inter* (*nos, eos*) *actionem esse*. In questa guisa essi giungono anche a dire *invicem obligari* (così oltre Gaio anche Iul. 17, 1, 22, 4): che non è altro che un'espressione equivalente dell'ipotetico *quidquid-oportet* della formula[7]). E Paul. 13, 6, 17, 3, a pro-

[1]) Su cui v. PETERS, loc. cit., 268 sg.

[2]) Cfr. inoltre Paul. 32 ad ed. 17, 1, 22, 10 i. p.; Ulp. (P. 1016[2]) 3, 5, 16; Ulp. (1016) 27, 3, 13.

[3]) Che l'espressione antitetica *si quidem, si vero*, preceduta da *si*, sia, senz'altro, di conio bizantino, è esagerato. Per es. in 50, 5, 13, 3 e in 6, 1, 88 (la seconda volta) è genuina.

[4]) V. Gai. I. 3, 155; Jav. 7 ex Cass. 17, 1, 36, 3; Iul. 14 Dig. (Paul.) 17, 1, 22, 4; Afr. 8, quaest. 17, 1, 34, 1 i. p. (con cui cfr. Nerat. 2, 14, 18); Paul. 32 ad ed. 17, 1 3, 1; Ulp. 43 ad Sab. 17, 1, 19; Gai. nostro fr. pr.

[5]) Cfr., oltre il nostro fr., Gai. 3, 5, 2; Paul. 3, 5, 41 (42).

[6]) Gai. nostro fr. § 1.

[7]) Cfr. Gai. I. 4, 61, 63 (*invicem compensatio*, non espressa nella *intentio* della formula), 65, 66 (*invicem debere*, di cui si tien conto nella *condemnatio*), cfr. D 16, 2, 21; 12, 6. 30.

posito del *commodatum*, spiega (*et ideo*)[1]) il fatto che *invicem propositae sunt actiones* col costruire un *negotium invicem gerere*, equiparando così le *obligationes inaequales* alle *aequales*.

Col *gerere invicem* non si vuol dire che dai rapporti protetti in generale da *iudicia bonae fidei* con *actio directa* e *contraria* sorgano, come nella *emptio*, obbligazioni reciproche appena che essi siano stati fondati; obbligazioni reciproche possono sorgere, anzi, solo dal reale adempimento dell'obbligazione impresa da parte di chi in origine era il solo obbligato[2]); solo tale adempimento è atto a dar contenuto alle *actiones propositae*; ma suppostolo, per anticipazione, avverato, si può dire che a ognuna delle due parti, dati gli altri presupposti, spetti l'*actio proposita*[3]).

Da ciò si può arguire che il 1° periodo del nostro fr. nel complesso è genuino: esso corrisponde al 1° membro del paradigma da noi supposto. L'*invicem obligari*[4]) si fondava sulle *actiones eo nomine propositae*[5]).

A quel 1° membro è verosimile ne seguisse un secondo, in cui si dava notizia d'una decisione pratica determinata, che alcuni giuristi deducevano dal concetto della *negot. gestio* quale *contrahere* bilaterale e che Gaio non accettava. Così acquisterebbe vero valore pratico la obiezione che segue, modificata così: *sed* ⟨*hae*⟩ *actiones* ⟨*non videntur*⟩ *ex contractu* (:...) *nasci*. Che a proposito della *negot. gestio* possa venire in considerazione il *maleficium*, non si deve in astratto negare; l'*accedere ad aliena negotia* può avvenire anche

[1]) *Ideo* nel testo pauliano doveva essere consecutivo, non finale: *ut appareat - civiles* è una interpolazione.

[2]) Così già PERNICE, *Sav.-Z.*, 9, 250 sg.

[3]) Cfr. PERNICE, *Labeo*. 2[1], 315.

[4]) Forse è da emendare così: *utilitatis causa receptum est eos invicem obligari, eoque* (dove l'*et* = *nam*) *nomine* ecc.

[5]) *Proponere* torna nelle Inst. G. nei luoghi seguenti: 1, 6, 55 (*edictum*), 2, 253 (*utiles actiones*, in ed.); 3, 222 (*formula de iniuriis* ecc.); 3, 125 (*satisdationes, ex lege Iulia*); 4, 31 (*stipulatio, in edicto*, con *fictio pignoris captionis*) 4, 46 (*formulae in factum conc.*); 4, 47 (*in ius et in factum conc. formulae*); 4, 49 (*condemnatio vel certae vel inc. pecuniae, in formula*); 4, 136 (*formula, si eum eo agamus qui inc. promiserit*); 4, 145 (*interdictum bonorum emptori*) 4, 118 (*exceptiones in edicto*); 4, 146 (*interdictum b. empt.*); 4, 154 (*interdictum ei qui ex poss. deiectus est*). *Prodere* torna in 4, 11 (*legis actiones*: Paul. vat. 49); 4, 75 (*noxales actiones*) (*constitutae aut legibus aut edicto pr.*); 4, 118 (*exceptiones*).

- *improbe* - *depraedandi causa*: Lab. (Ulp) 3, 5, 5, 5 (3) [1]). Ma la possibilità concreta di ciò è da negare nel nostro pr.: nel nesso del quale importava invece la considerazione opposta, della *gestio*, quale *contrahere*, come dimostra il confronto col *mandatum*; il *delinquere* appartiene piuttosto al paradigma di itplzne. Ciò che resta, una volta stralciato questo, è la riproduzione, molto inesatta, della ragione obiettata da Gaio; l'*ante* dev'essere itplto dai compilatori in conformità dei concetto, che essi hanno del *contrahere* quale consentire; esso dà al testo attuale questo senso: non si può concepire la *neg. gestio* come fondata su un previo *consensus*, ossia su un *mandatum* antecedente. Ma anche gli avversari di Gaio non avevano tale concetto della *neg. gestio*: il loro confronto col *mandatum* aveva in mira non una finzione di esso in precedenza, ma soltanto la reciprocità degli obblighi.

La obiezione di Gaio non poteva dunque dirigersi che alla pretesa reciprocità del *gerere*, ossia doveva notare che una relazione di parte-controparte quale è presupposta dal *contrahere*, manca tra *gerens* e *dominus neg.*, poichè nei *multa negotia* geriti il primo compare quale rappresentante del secondo, non quale *contrahens* con lui, per es: *neque enim is qui gessit*, CUM *absente* [*sed potius* PRO *eo*] *creditur* [....] *contraxisse*. Tale obiezione avrebbe il medesimo carattere di quella del § 91 Gai. I. 3: se la si considera per sè e si prescinde dall'aggiunta inserita, può anche questa sembrare una pura tautologia: la questione è proprio se i *multa negotia*, in relazione col *dominus negotii*, possano rappresentarsi quale *contractus* (unitario e con reciprocità di *gerere*) del *gestor* con lui. Ma non solo, qui come là, Gaio col suo eloquente passar sotto silenzio la ulteriore considerazione possibile mostra di ritenerla appunto inacconcia; egli qui aggiunge, inoltre, a differenza di colà, la considerazione dell'altra parte: *longe* ⟨*minus*⟩ *is cuius negotia gesta sunt ignorans contraxisse* ⟨*intellegitur*⟩ [2]); e così egli doveva concludere: poichè l'ultimo periodo, che è del tutto fuor di proposito, ha tutta l'apparenza d'una glossa ed è una evidente aggiunta di comento dei compilatori [3]).

[1]) Come per converso si nota (Gai. I 2, 201) *alienas res occupare interdum concessum est.*

[2]) L'*intellegi potest* pare un indice della *despotia* illuminata di Giustiniano.

[3]) GRUPE, *Sav.-Z.*, 19, 218 sgg.

§ 1. *Tutelae quoque iudicio qui tenentur, non proprie ex contractu obligati intelleguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur): sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. et hoc autem casu mutuae sunt actiones:...*

Anche qui la negazione parallela (*non proprie ex contractu obligati intelleguntur*) - *sed ... sane non ex maleficio tenentur* deve provenire dai compilatori; per vero, non v'è un paralellismo perfetto: la negazione non è pari: la prima negazione è secondo il significato rigoroso, secondo il linguaggio dogmatico-dottrinario: *non* PROPRIE... *intelliguntur*; la seconda negazione è palese anche al buon senso, è una constatazione di fatto: SANE *non*.... *tenentur*.

Qui la possibilità d'una considerazione delittuosa viene a mancare affatto: un *accedere* (*pro tutore*) *depraedandi causa ad negotia pupilli* non v'è; d'altra parte il *tutor* delinquente non è convenuto col *iudicium tutelae*, del quale, appunto e soltanto, qui si tratta; l'*actio rationibus distrahendis* qui è fuor di proposito. La espressa esclusione dal *teneri tutelae actione* della qualificazione di *ex maleficio teneri* ha, nel testo attuale, il fine di motivare a contrario (*quia non*) per assurdo (*sane*) la considerazione (*videtur*) del *teneri tutelae actione* quale *teneri quasi ex contractu.* Allo stesso risultato mira, in modo analogo, la esclusione molto meno energica della qualificazione di *obligatum esse ex contractu.* Ora, notiamolo subito, tale argomentare che ritorna, invertiti i termini, anche ai §§ 4 e 6, è un ragionare scolastico su puri schemi che in tanto è giusto, in quanto si presupponga la validità in sè di quegli schemi così bell'e formati all'infuori del ragionamento. *Non ex contractu* (o *non ex maleficio*) *obligatum intelligi* - *quasi ex contractu* (o *quasi ex maleficio*) *teneri videri* sono, così come stanno nel testo attuale, scevri di ogni deduzione pratica, null'altro che schemi. Il far concorrere la negazione, concessiva, di una qualità con l'ammissione sotto restrizioni (*teneri* anzichè *obligatum esse*) e per approssimazione (*quasi*) della stessa qualità pur dallo stesso punto di vista generale e astratto, è un metodo di delimitare concetti, che risponde bene alla sottigliezza bizantina, ma non all'intuito romano.

Tali parallelismi e antitesi sottili o sono stati creati per amor di simmetria dai Bizantini, o sono stati stralciati via da discussioni

classiche, nel testo delle quali essi trovano ciascuno la loro giustificazione in punti di vista concreti diversi: i compilatori qui alla realtà viva sostituiscono lo schema nudo e operano su quello. Quanto alla doppia negazione del nostro paragrafo è improbabile che essa, come quella del pr., derivi dal testo classico, poichè non si vede quale scopo pratico essa vi potesse avere. Nel § 1 essa, a differenza che nel pr., precede la menzione della reciprocità delle azioni: proprio questa, invece, doveva essere il punto di partenza della discussione di Gaio. L'ordine dovè essere invertito dai compilatori; dove il nesso originario, era la reciprocità delle azioni, quello attuale è il *neque ex contractu neque ex maleficio obligari*. Lo *hoc casu* tradisce una ripresa del testo primitivo interrotto; il quale pertanto doveva incominciare, in guisa analoga al pr., presso a poco così: *tutelae quoque iudicio qui tenentur* [....] *mutua(s habent) actiones*. Questa è l'indicazione della fattispecie (1° - membro *a*); seguiva la motivazione (1° *b*): *non tantum enim pupillus cum tutore sed et contra tutor cum pupillo habet actionem.*

È notevole che in tutta la prima parte del n. fr. (pr.-§ 3) soltanto in questo paragrafo compare la frase *quasi ex contractu teneri videri* frase che invece nel tit. 3, 27 delle Inst. Ju. torna più volte con valore schematico-tecnico, che, anzi, in forma più decisa e generale (*obligationes* anzichè *actiones-quae quasi ex contractu nascuntur*) è elevata a rubrica del titolo stesso. Pur essendo vero che nel testo attuale quella frase non ha che la funzione schematica di separare, anzichè quella scientifica di equiparare, è però verosimile che essa provenga dal testo originario, nel quale avrebbe avuta la seconda funzione: e propriamente, secondo il paradigma da noi supposto, da quella parte del testo (2° membro), ove Gaio doveva riportare una costruzione da cui altri giuristi argomentavano una decisione da lui non accettata.

Il *quasi - videtur* non sarebbe interpolato, ma soltanto spostato dal suo nesso per opera dei compilatori. Per vero il *videri* accanto al *quasi* può sembrare superfluo, giacchè il *quasi* basta di per sè ad esprimere costruzione; ma non di rado i classici stessi adoperano entrambe le parole insieme: Pap. (Ulp.) 17, 1, 10, 5, Ulp. 39, 5, 6, Ulp. 15, 3, 1 pr. Del resto, dove i classici mirano a una costruzione, per lo più essi usano o il *videri* senza il *quasi*, o il *quasi* solo, come com-

parativo e congiuntivo insieme (col verbo al congiuntivo). Espressione del primo genere, equivalente al nostro *quasi ex contractu teneri videri*, è il *contrahere videri* usato da Ulp. (P. 1384) 42, 4, 3, 3 dell'*impubes cum adiit hereditatem* [1]) e da Paul. (P. 713) 41, 4, 4 dell'*is qui se miscuit*.

Espressioni equivalenti del secondo genere sono il *quasi ex contractu obligatum teneri* usato da Ulp. (P. 663) 11, 1, 11, 9 del *qui interrogatus responderit* [2]), il *quasi ex negotio gesto actionem dari* usato da Ulp. (29 ad ed.) 15, 1, 3, 8, in forma ipotetica, del *servus qui compromiserit*; infine il *quasi contrahere*, con una determinazione o inteso di un determinato negozio, non mai in astratto: costruzione materiale, ma sempre con riferimento all'*actio* usata nei passi seguenti:

Ulp. (P. 851 [4]) 15, 1, 5, 2: *si filiusfamilias ius iurandum detulerit et iuratum sit, de peculio danda est actio quasi contractum sit* [3]).

Iul. (Paul.) 12, 1, 29: *si institorem servum dominus habuerit... condici ei posse quasi* IUSSU *eius contrahatur*;

Gai I. 4, 71 (*quid eius rei gratia cui filius servus et praepositus fuerit*) *cum ... ea quoque res* EX VOLUNTATE PATRIS DOMINIVE *contrahi videatur, aequissimum visum est in solidum actionem in eum dare*;

Ulp (P. 855 [1]) 15, 3, 1 pr. *tenentur qui contrahentes habent in potestate, quasi* CUM IPSIS POTIUS *contractum videatur* [4]);

In tutti gli altri passi i giuristi vogliono o giungere, mediante la costruzione del *contrahere*, alla deduzione di un *teneri*, ovvero dare una ragione intrinseca del *teneri* mediante il *contrahere*; la co-

[1]) Con cui è da confrontare il *contractum* (*cum pupillo*) DICI POSSE del § 1 eod., detto del *contractum esse cum servo pupilli*.

[2]) In questo paragrafo, fra la protasi che è generale (*qui interrogatus* = su che cosa non è detto - *responderit*), e l'apodosi (*tenetur quasi* EX CONTRACTU *obligatus*) che è ben determinata, v'è sproporzione; quella generalità deve dar sospetto, perchè nei paragrafi precedenti si considera sempre una determinata *interrogatio* o *responsio*. Propongo di leggere, secondo l'analogia del § 1 eod.: *si quis* (sc. *heres*), *cum debitor non esset, interrogatus responderit se debere sic tenetur quasi* (= *atque si*) *ex contractu obligatus sit* (*pro quo ...*; *sed*: itpl.) *et si a praetore rell.*

[3]) Da confrontarsi nella forma con Afr 19, 5, 24: *ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat quam quasi* MANDATUM *inter eos contractum* (*esset*).

[4]) Da richiamarsi Ulp. (P. 863) 15, 4, 1 pr. *quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*.

struzione o ha il fine pratico (come in Ulp. P. 1384) di porre sotto la protezione di un editto pretese delle quali si possa dubitare se siano comprese nella lettera di esso, o ha il fine teorico (come in Ulp. P. 855) di giustificare la protezione che l'editto in proposito dichiara già di per sè di concedere ad alcune pretese. La distinzione tra i due fini non è netta: l'uno può essere ravvisato anche sotto l'aspetto dell'altro, e viceversa.

Il fine teorico riesce talvolta a una estensione e trasposizione del *contrahere* da una persona ad un'altra, che sta con essa in un certo rapporto d'intimità giuridica: così. p. es., in Ulp. 15, 3. 1 pr., ove si obiettiva nella fattispecie per trarre la spiegazione da essa, quella operazione, che il pretore fa nella *intentio* della formola. Questo fine teorico della costruzione della realtà processuale preannunzia le giustificazioni e le finzioni *materiali*, di cui farà largo uso Giustiniano.

Nel testo originario del n. fr., come parte di una decisione che Gaio riferiva, la costruzione, che avrà suonato *quasi ex contractu teneri videantur*, doveva avere un fine pratico; per vero, quale fosse quella decisione è impossibile dire. Ma intanto si sa che Plauzio, la fonte di Paul. 18 ad Plaut. 44, 7, 49, nominava *contractus* la tutela all'effetto dell'intentabilità contro l'erede, delle azioni che ne derivano [1]. La qualificazione non è espressa, ma presupposta; essa doveva essere stata già fatta in uno dei libri precedenti, in quello che trattava della tutela (7.), come si induce dall'appartenere ad esso Paul. 3, 5, 15 (16): *sed et cum aliquis negotia mea gerat* (ossia: *non solum cum* TUTOR *negotia pupilli* - o *tutelam* -, *sed* ET *cum* ALIQUIS rell.) *non multa negotia sunt sed unus contractus* [.....: itpl.]: *contractus* da parte del *gerens* sia il *tutor* sia un *aliquis*. Ma anche da parte del pupillo la fonte della *obligatio* è qualificata per *contrahere* da alcuni giuristi: così da Paul. 13 quaest. (P. 1385), ove il *contrahere* è il predicato comune che rende possibile il confronto delle obbligazioni del *defensor* e del *pupillus*.

Il *contrahere* esprime qui anzichè un obbligarsi per atto proprio, il *venire* obbligato dalla gestione altrui, dei negozi propri: un venire obbligato di riflesso per mediazione di questi ultimi; il *non sponte*, che il giurista accentua, indica tale passività, la mancanza di

[1] Su esso fr. v. PETERS, *Sav.-Z.*, 32, 268 sg.

un *gerere* proprio. *Non sponte contrahere* dice Ulp. - Sab. 50, 17, 19 dell'*heres* in rapporto coi legatarii: questi fa bensì un atto generale di assunzione, ma non determina con la sua volontà la modalità e l'estensione degli obblighi assunti. Anche come fonte di pretesa da parte del pupillo il *contrahere* detto di lui esprime anzichè un *obbligare* - come dicono ellitticamente i classici -, un semplice ottenere obbligato mediante la gestione altrui, un ottenere che l'altro resti obbligato dal fatto proprio, senza cooperazione del legittimato. La costruzione del *contrahere* qui si fonda tutta sul puro *teneri directa actione* del *tutor*; lo stesso vale per l'*is cuius negotia gesta sunt*. Con ciò si connette che sì il pupillo che il gerito vengono obbligati soltanto alla fine del rapporto, in quanto cioè, a prescindere dagli altri presupposti più prossimi, la tutela o i *negotia siano stati* già geriti.

Non ostante, dunque, che l'ottenere e il venire obbligato del *dominus negotii* siano il nudo *riflesso* di un atto altrui e quasi il frutto d'una legittimazione *reale* (dominio del negozio), pure dalla fonte di Paolo essi eran concepiti quale *contrahere*. A tale concezione Gaio nel testo originario del n. § 1 si doveva opporre in un 3° membro, del quale a noi forse è pervenuta la parte maggiore, collocata dai compilatori sul principio anzichè in fine, conforme alla tendenza loro nel fr. 5 di cominciare con la risoluzione della questione teorico-costruttiva, facendone una questione di principio, fuori del suo riferimento a una decisione pratica: *sed nec tutor nec pupillus - ex contractu obligati intelleguntur*. Al che forse seguiva quale motivazione (3° membro *b*) quello che ora è un inabile inciso: *nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur*. Tale motivazione potrebbe parere una semplice ripetizione; e in vero, nella sua efficace sobrietà, essa non adduce ragioni remote, bensì, secondo ch'è costume de' classici, conferma quanto s'era affermato.

Secondo Gaio, *pupillus* e *tutor* non si stanno *di contro* (onde l'*inter*) quali parti p. es. di un contratto: un rapporto obbligatorio (*negotium*) creato da un atto comune (*contrahere*) non intercede tra essi; essi non *agiscono* l'uno di fronte all'altro per obbligarsi l'un l'altro; piuttosto, essi *stanno* in relazione di rappresentanza, sono congiunti da un vincolo personale ben più stretto di quello puramente obbligatorio (*officium*). Essi non hanno interessi diversi ed

opposti come due contraenti fra loro, bensì uno stesso interesse: il *tutor* non fa valere che il puro interesse del pupillo, del cui patrimonio è amministratore; egli integra la capacità deficiente di lui e di fronte ai terzi contraenti forma con lui una parte sola.

Anche qui G. avrebbe potuto osservare *magis enim* PRO *pupillo quam* CUM *eo tutor qui tutelam gessit contraxisse creditur*; ciò qui con maggior ragione che nel pr., perchè la tutela è una *vis et potestas* del diritto familiare, sì che in essa risalta di più la facoltà procuratoria nei rapporti esteriori che l'obbligazione di fronte al *dominus negotii*, al contrario di quel che è nella *negotiorum gestio* [1]). Le *actiones* e *obligationes tutelae* sono, per G., effetto, anzichè di un atto bilaterale di efficienza reciproca, del semplice fatto che il *tutor* nell'un caso non adempì in tutto il suo *officium* (Ulp. 27, 3, 1), dove il pieno adempimento avrebbe estinta l'*obligatio* da parte sua e resa impossibile l'*actio directa*; nell'altro caso spese del proprio arricchendo il suo pupillo. La ragione implicita dell'*obligatio* per G. è nel primo caso la massima che l'*officium* non dev'esser violato, nel secondo che chi adempì il suo *officium* non deve risentirne danno.

Quanto poi al preteso *contrahere* da parte del pupillo col tutore, esso è per G. una contraddizione in termini: un *contrahere* proprio con quella persona, l'*auctoritas* della quale è, essa stessa, quel che rende primamente possibile un *contrahere* in generale da parte del pupillo.

L'idea di una *auctoritas*, data verso sè stesso è contradditoria in sè appunto perchè *presuppone* quello, di cui essa proprio è il presupposto (il vincolo obbligatorio *ex contractu*). Non potendosi qui dunque parlare di un'*auctoritas*, non si può, per G., parlare di *contrahere*; d'altra parte *obligatio* v'è proprio così come nell'*indebitum acceptum sine tut. auctoritate*; l'*obligatio* pertanto, qui come là, sorgerà da altra fonte che da un *contrahere* Gli avversari di Gaio si vedevano costretti, come là a negare la *obligatio* per rispettare la regola (*contrahere - auctoritas*), così qui a negare la regola per rispettare la *obligatio*.

Dall'analisi complessiva del fr. 5 pr. § 3, D. 44, 7 e del § 91 Gai. I. 3 risulta che Gaio dall'*indebitum acceptum*, dal *legatum*, dall'*ab-*

[1]) Cfr. PERNICE, *Labeo*, 2, 2, 199 sg.

sentis negotia gessisse, dalla *tutela* ammette un *obligari non ex contractu*.

A suo giudizio personale, dunque, la categoria *contractus* non era sufficiente a designare tutte le fonti lecite di *obligatio*, neanche quelle civili tradizionali. La bipartizione *ex contractu - ex delicto*, per G., lasciava fuori alcune fattispecie, ne prescindeva puramente e semplicemente: solo entro questi limiti sottintesi era ancora giusta e valevole.

Infatti, nelle Inst. Gaio facendo omaggio, in massima, alla tradizione di scuola, ripete (al § 88 I. 3) la bipartizione d'uso; ma anche colà (al § 91) non manca di far intravedere la sua vera opinione. Nelle *Res cottidianae* egli dovè esprimersi più aperto e deciso: questo era un libro destinato alla pratica, la quale, sempre rinnovandosi, lascia anche campo al sorgere di opinioni nuove. Quivi Gaio dovè sentirsi libero dagli schemi usati: le discussioni del libro III lo dimostrano; qual meraviglia che nel libro II egli ponesse il principio che la fonte delle *obligationes* è triplice? Tutto ci pare rendere verosimile e legittima la conclusione che il fr. 1 pr. D. 44, 7 esprime un pensiero proprio di Gaio.

Se infatti il § 91 I. 3 non proviene da un glossema e se il fr. 5 pr. 3 D, 44, 7 non è uscito per intero dal capo di Triboniano, come ci pare di aver mostrato, il fr. 1 pr., che formula il loro comune presupposto nella sua chiusa - a prescindere dalla correttezza di qualche parola, su cui si può discutere - non può essere che conforme al testo originario. Il contrario è stato [1]) arguito dal confronto del fr. 1 pr. col § 2 (3, 13) delle Inst. Iust. e dalla sua discordanza col § 83 (3) (cfr. anche 4, 2, 112-113, 182) delle Inst. Gaii; ma anzi tutto va osservato che le Inst. Iust. danno una quadripartizione in termini barbari, dove il fr. 1 pr. dà una divisione triplice. Inoltre va osservato [2]) che gli ampliamenti noti che Gaio fa nelle *Res cottidianae* di fronte alle Inst., quantunque non siano sempre miglioramenti, non sono per questo meno *gaiani*. Il fatto [3]) di concordanze spesso più apparenti che reali, tra il testo dei Dig. e quello delle

[1]) Dal PEROZZI, *Obblig.*, 47 sgg., in nota.

[2]) Col PERNICE, *Labeo*, 2 [2], 1, 321 [3].

[3]) Fatto valere dal Perozzi già ad altro proposito (*Rendic. Istit. Lomb.* II, 23 sg., XII).

Inst. Iust. e di discordanze tra esso e quello delle Inst. Gaii non è affatto indizio univoco di itplz.ne.

Si è [1]) persino eretto a canone, che un' affermazione testuale rispondente a uno stato di diritto antico fatta da un giurista recente autorizzi a ritenere itpl. *tutti* i testi di questo e *degli altri* anteriori *e contemporanei* esprimenti un principio contrario. Ma quanto poco un simile canone sia atto a una ricerca scientifica, non occorre dimostrare. Nel caso poi di Gaio, considerato come scrittore, alla obiezione della discordanza tra il § 88 I. 3 e il fr. 1 pr. (44, 7) risponderemo: altrimenti Gaio parlava ai suoi scolari, altrimenti ai pratici; altro era per lui far lezione col debito rispetto delle vedute tradizionali, altro esporre liberamente il proprio parere a effetti pratici determinati.

Quel che a noi preme è non tanto la ricostruzione, sempre ipotetica, quanto il risultato, a dir così, negativo, che il fr. 5 non è creazione di Triboniano [2]) ad occasione esteriore di più o meno insignificanti frammenti del testo gaiano. La tendenza dei compilatori al § 1 (e nella seconda metà) [3]) del n. fr. è, invece, quella di *convertire* una equiparazione o assimilazione dal punto di vista processuale – che Giuliano e i Neo-sabiniani facevano nel presupposto della divisione duplice tradizionale - in una delimitazione arbitraria dal punto di vista materiale, così da ottenere una partizione quadruplice. Gaio con le sue obiezioni aveva preparata la via a Triboniano soltanto in senso negativo.

EMILIO BETTI.

[1]) Dal PEROZZI, *Ist.*, 2, 285,

[2]) Come e opinione del PEROZZI, *Obbl.*, 146 sgg., in nota.

[3]) L' indagine su di essa qui non è stata potuta riportare.

LE AZIONI DEL PUPILLO E CONTRO IL PUPILLO

PER I NEGOZI CONCLUSI DAL TUTORE

(Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)

(Continuazione, vedi volume XXIV, pag. 116).

PARTE IV.

Trasferimento delle azioni del tutore al pupillo.

Sommario. — 1. Quando avvenisse il trasferimento delle azioni dal tutore al pupillo - Autori e testi favorevoli all'opinione che le azioni utili si dessero al pupillo e contro il pupillo dopo la fine della tutela. — 2. Testi che non determinano il tempo del trasferimento delle azioni - Varie distinzioni degli scrittori. — 3. La forza probante delle due serie di testi e di quelli in ispecie che concernono la legittimazione attiva dell'incapace - Che l'actio utilis potesse sperimentarsi durante la tutela risulta dalla l. 3 § 2 D. 42. 4. — 4. Durante la tutela i creditori potevano scegliere di agire contro il tutore con l'actio directa o contro il pupillo con l'actio utilis.

1. — Occorre da ultimo [1]) ricercare in quale momento si trasferissero le azioni dal tutore al pupillo.

La grande maggioranza degli scrittori opina che le azioni utili si dessero al pupillo e contro il pupillo dopo la fine della tutela [2]).

[1]) Al punto in cui siamo giunti col nostro studio non fa mestieri confutare la dottrina del v. TUHR, *Actio de in rem verso*, p. 310, che l'utilis actio, trasferita «post finitam administrationem» dal tutore all'ex pupillo, riguardasse unicamente l'a. iudicati e le altre obbligazioni processuali assunte dal tutore. Parimenti sono infondate le limitazioni proposte da altri autori: per es., quella del HUSCHKE, *Darlehn*, p. 80, n. 1, che l'utilis actio contro il pupillo abbia luogo solo se il debito dell'ex tutore materialmente è nato da un debito del pupillo.

[2]) Cfr. SAVIGNY, *Obligationenrecht*, II, p. 37; PUCHTA, *Pand.*, § 275, p. 420, *Vorlesung.*, II, § 279; VANGEROW, *Pand.*, III, § 608, IV 2 *c*, p. 301; WINDSCHEID, *Pand.*, II, § 442, n. 2 (dubitativamente); SALKOWSKI, *Institutionen* [7], § 130, p. 336; UBBELOHDE, Continuaz. del GLÜCK, *Commentario*, serie dei libri 43-44, parte 1ª e 2ª, p. 309 (della traduzione italiana); UNTERHOLZNER, *Lehre d. röm. R. v. d. Schuldverhältnissen*, I, § 193 (p. 408), § 297 (p. 167); BUCHKA, *Stellvertretung*, pp. 61, 64, 68: SCHMID, *Cession*, I, p. 392; MÜHLENBRUCH, *Cession*, p. 142; FRESE, *Zur gemeinr. Lehre v. d. beauftragten Vermögensverw.*, I, pp. 59, 218; ZIMMERMANN, *Stellvert. Negotiorum Gestio*, p. 116; KARSTEN, *Die ging. Cession*, p. 77; SCHLOSSMANN, *Stellvertretung*, II, p. 227; v. TUHR, op. cit., p. 310; HUPKA, *Vollmacht*, p. 326, n. 2; BETHMANN-HOLLWEG, *Roem. Civilprozess*, II, p. 444.

E favorevole a questa teoria è pure buona parte dei testi da noi esaminati.

Cominciando da quelli che abbiamo ritenuto genuini, almeno nei punti che qui interessano, Scevola suppone che la tutela sia finita, quando accorda l'a. utilis ex stipulatu « in pupillum adultum factum » [1]), ovvero indaga se il compratore dei fondi del minore restituito in intiero possa ripetere il prezzo da costui o dagli eredi del tutore [2]); Papiniano riconosce al tutore il diritto di rifiutare l'azione nascente dal constitutum del debito pupillare « post tutelam finitam » [3]) e nega l'a. iudicati contro il curatore « post mortem furiosi », vale a dire nel tempo in cui è cessata la curatela [4]); Paolo discute « an succurrendum sit ei, qui, cum esset fratris sui filiae *tutor*, quadringenta dotis nomine marito eius se daturum promisit » [5]) e nel momento, in cui sorge la questione, è finito l'ufficio del tutore « dotis constituendae gratia datus »; Giustiniano narra di aver trovato nel diritto preesistente il principio che « post officium depositum » si abbiano a trasferire « in quondam pupillum vel adultum » le azioni, che il tutore o il curatore « ex necessitate officii subierit » [6]), e, sebbene la riproduzione del principio classico non sia in tutto fedele [7]), certo manca qualsiasi indizio per sospettare che il diritto giustinianeo abbia mutato il diritto anteriore col far dipendere il passaggio delle azioni al rappresentato dall'estinzione dell'ufficio del rappresentante.

Interpolata è la l. 1 C. 5. 39 [8]); ma nemmeno ora so decidermi per una tra le possibili ricostruzioni del testo originario. Difesero Giuliana i tutori del sesso, o i curatori che amministravano i beni della donna minorenne? O piuttosto Giuliana era impubere, quando

[1]) Cfr. ll. 18 § 2 D. 36. 3 e 8 D. 26. 9 (Parte II, Capo II, num. 1).

[2]) Cfr. l. 47 § 1 D. 4. 4 (Parte II, Capo II, num. 4). Per la sostituzione di « curator » al « tutor » originario vedi ora il mio libro *La minore età nel diritto romano*, p. 120.

[3]) Cfr. l. 5 § 1 D. 26. 9 (Parte II, Capo II, num. 7).

[4]) Cfr. l. 5 pr. D. 26. 9 (Parte I, num. 5).

[5]) Cfr. l. 43 § 1 D. 26. 7 (Parte II, Capo II, num. 2); sulla quale vedi ora TAUBENSCHLAG, *Vormundschaftsrechtliche Studien*, p. 78, n. 36.

[6]) Cfr. l. 26 § 3 C. 5. 37.

[7]) Vedi Parte I, num. 10. Di trasferimento delle azioni dal curatore all'adulto non si poteva ragionare nel diritto classico: cfr. *La minore età*, ecc., p. 202 sgg.

[8]) Vedi Parte I, num. 10 e *La minore età*, p. 90.

per lei furono condannati i tutori? In tal caso si potrebbe ricostruire il rescritto di Antonino a un dipresso nei seguenti termini:

> Iuliana, cuius tibi *tutores condemnati sunt cum nondum fari poterat,* si *duodecimum* annum aetatis egressa est, actio iudicati adversus ipsam exercenda est. Nam tutores finito officio non esse conveniendos saepe decretum est.

Ma, se anche « finito officio » non fosse genuino, basterà rilevare che la questione sulla legittimazione passiva dell'a. iudicati, nel testo del Codice giustinianeo, è proposta, quando Giuliana « vicesimum quintum annum aetatis egressa est ». E la supposizione più ovvia è che i compilatori abbiano esteso al minorenne, senza alterarla, la norma che il diritto classico dettava per l'infante.

La fine della l. 13 § 7 D. 19. 1 è sicuramente bizantina [1]; ma dobbiamo pensare che nell'infelice affermazione « nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum factum est » i compilatori fossero ispirati dal ricordo esatto della norma classica, la quale trasferiva contro il pupillo le azioni dopo la pubertà. Parimenti in « tutoribus perpetuo condemnandis » la condanna perpetua, cioè anche dopo deposta la tutela, richiama la regola che limita la responsabilità dei tutori alla durata dell'ufficio. Valga a prova la l. 5 pr. D. 26. 9, in cui, come mostrano i frammenti berlinesi, i compilatori hanno esteso al tutore ciò che Papiniano insegnava per il curator furiosi, autorizzando quegli a rifiutare « post depositum officium » l'a. iudicati, che il curatore ha diritto di respingere « post mortem furiosi ».

2. — Di fronte a questi passi ve ne sono altri, i quali non determinano il tempo del trasferimento delle azioni.

Appartengono qui specialmente i testi relativi all'a. iudicati: la l. 2 pr. D. 26. 7, in cui Ulpiano dà l'a. iudicati « pupillo et in pupillum » [2]; la l. 6 D. 26. 9, in cui Papiniano dichiara doversi trasferire l'azione « ad pupillum » [3]; la l. 7 D. eod., in cui Scevola accorda

[1] Vedi Parte III, num. 8.
[2] Vedi Parte I, num. 3.
[3] Vedi Parte I, num. 11.

l'azione « in pupillum » [1]); e infine la l. 4 § 1 D. 42. 1, in cui Triboniano nega l'a. iudicati contro il tutore ed il curatore [2]) Egualmente nella l. 9 pr. D 26. 7 Giuliano ed Ulpiano accordano l'a. utilis al pupillo, per le stipulazioni fatte dal tutore, senza limite di tempo [3]); e nella l. 5 § 9 D 13. 5 Ulpiano attribuiva l'a. utilis de pecunia constituta al furioso, cui i compilatori aggiungono il pupillo e l'adolescente [4]). Anche l'interpolata l. 2 D. 26. 9 afferma semplicemente la competenza al pupillo e al minore dell'utilis actio « ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam » [5]); e non diversamente la l. 2 C. 5. 39 concede al pupillo l'a. utilis ex stipulatu [6]).

Però non fa meraviglia che, accanto all'opinione che ammette il trasferimento delle azioni dopo la fine della tutela e della cura, sia stata sostenuta anche l'opinione contraria, e che taluno abbia pensato di distinguere i varii casi.

Il Cuiacio [7]), fondandosi sulla l. 5 D. 26. 9, ritenne che l'a. iudicati non si desse mai contro il furioso, ma solo contro i suoi eredi; mentre affermava che contro il pupillo l'azione potesse intentarsi dopo uscito dall'infanzia o tornato dall'assenza.

L'Accarias [8]) reputa che nell'a. iudicati si fosse più larghi che nelle altre azioni [9]); quando il tutore non ha potuto limitarsi a prestare l'auctoritas, ma l'infanzia o l'assenza del pupillo l'hanno obbligato a litigare per lui, il trasferimento dell'a. iudicati non è rimesso alla fine della tutela, ma si attua immediatamente [10]).

[1]) Vedi Parte I, num. 4.

[2]) Vedi Parte I, num. 3 e *La minore età*, p. 204 sgg.

[3]) Vedi parte II, Capo I, num. 3.

[4]) Vedi Parte II, Capo I, num. 5 e 8 e *La minore età*, p. 41.

[5]) Vedi Parte II, Capo I, num. 9 e *La minore età*, p. 67.

[6]) Vedi Parte II, Capo I, num. 11.

[7]) *In lib. 5 resp. Pap. ad l. 5 D. 26. 9* (*Opera*, IV, p. 1024 sgg.).

[8]) *Précis de droit rom.*, II, p. 1164.

[9]) Dello stesso avviso è il Brinz, *Krit. Blätter*, 2, p. 23, tranne che egli dà l'a. iudicati contro il pupillo, e unicamente contro questo, già durante la tutela in qualunque caso. Invece per l'a. utilis nega recisamente la promovibilità contro il pupillo avanti la fine della tutela (*ivi* p. 24).

[10]) Il Rosenberg, *Stellvertretung im Prozess*, p. 349 sgg. ammette uno svolgimento storico. Da prima l'a. iudicati sarebbe stata negata al tutore e contro il tutore scaduto d'ufficio; più tardi – l'epoca è incerta – l'a. iudicati sarebbe stata trasferita attivamente e passivamente al pupillo anche durante la tutela, purchè il tutore « liti se non optulit ».

Tale implicitamente è anche l'opinione del Wenger [1]), il quale ha dedicato una parte del § 22 del suo libro alla descrizione del procedimento nell'a. iudicati contro l'infans ed ha cercato di scansare le difficoltà già accennate dal Rümelin [2]). Certo contro l'infans non è possibile l'editio actionis stragiudiziale, nè la vocatio in ius; e nemmeno è possibile che egli confessi o neghi la pretesa di chi agisce contro di lui con l'a. iudicati. In un infante avverrà di regola che egli non sia difeso contro l'a. iudicati; e la mancata difesa di fronte a quest'azione produrrà le stesse conseguenze che colpiscono l'indefensus in qualsiasi altra azione, solo che, come è risaputo, la missio in bona pupilli non dà il diritto a compiere la venditio bonorum prima che egli abbia raggiunto la pubertà e sia messo in grado di difendersi convenientemente

Il Rudorff [3]) crede che in tutte le azioni la concessione dell'a. utilis e la denegazione dell'a. directa avvenissero durante la tutela; e dopo la fine di questa avesse luogo un trapasso ancora più completo, nel senso che non solo il tutore non dovesse più rispondere all'azione per i negozi da lui conclusi, ma non fosse più tenuto a difendere il pupillo contro di essa.

Originale è la dottrina del Mitteis [4]). I crediti nati dai negozi obbligatorii del tutore si trasmettono al pupillo dopo la fine della tutela. La stessa regola vale per le obbligazioni, eccettuate quelle derivanti da stipulazione: mentre dura in ufficio, il tutore può declinare la propria responsabilità solo per insolvenza del pupillo e il terzo contraente ha l'a. utilis, se questi è arricchito o il suo rappresentante è insolvibile.

3. — Ho messo innanzi al lettore con lo stato delle fonti le cause dell'incertezza in cui si dibatte la dottrina; ma credo non sia difficile vincerla.

Mi sembra che i testi della prima serie abbiano un peso molto più forte, come quelli che provano con la menzione espressa dell'epoca

[1]) *Actio iudicati*, p. 206 sgg.

[2]) *Zur Geschichte der Stellvertretung im roem. Civilprozess*, p. 116.

[3]) *Vormundschaft*, II, p. 336 sgg. Cfr. anche GÉRARDIN, *Nouv. Rev. hist. de droit*, 24, p. 35.

[4]) *Roem. Privatrecht*, I, p. 222 sgg.

in cui avviene il trasferimento, mentre gli altri dovrebbero provare col loro silenzio.

Si potrebbe anche tentare di distruggere o quanto meno di attenuare l'impressione che ha fatto sugli interpreti il gruppo dei passi relativi all'a. iudicati. Si potrebbe obiettare in primo luogo che una differenza tra il furioso ed il pupillo infante o assente non è guari giustificata; eppure la l. 5 D. 26. 9, la cui classicità nel punto che ci tocca è garantita dal frammento berlinese, non libera il curatore dall'a. iudicati se non « post mortem furiosi ». Ma gli avversarii avrebbero da replicare che la l. 2 C. 5. 70, contraddicendo alla l. 5 pr. cit., dà l'a. utilis contro il furioso « si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est » [1]) ed offre una prova esplicita per la loro opinione.

In secondo luogo è mestieri avvertire che la concessione dell'a. utilis al pupillo durante la tutela sarebbe priva di qualsiasi effetto pratico. Il tutore può infatti esercitare personalmente le azioni competenti al pupillo [2]); tanto vale allora che egli promuova la sua azione diretta [3]). Quest'osservazione è importante, perchè elimina la maggior parte dei testi della seconda serie, tra cui le ll. 6 D. 26. 9; 9 pr. D. 26. 7; 5 § 9 D. 13. 5; 2 D. 26. 9 e 2 C. 5. 39 concernono la legittimazione attiva dell'incapace. Nè possono conservare qualche forza i tre passi rimanenti (2 pr. D. 26. 7; 7 D. 26 9; 4 § 1 D 42. 1), di cui il primo tratta anche della concessione dell'azione al pupillo, quando per gli altri testi si dovesse convenire che il loro silenzio sull'epoca del trasferimento delle azioni non autorizza a collocarlo nel tempo in cui perdura l'ufficio del rappresentante

Tali riflessi dimostrano che la teoria, secondo cui la concessione delle azioni utili avviene già durante la tutela, è incompleta e inetta a spiegare tutti i fenomeni che presenta l'istituto di cui ci occupiamo; ma ciò non significa che essa sia interamente falsa. Che il pupillo potesse essere convenuto per i contratti conclusi dal tutore,

[1]) Vedi Parte II, capo II, num. 5 e 6.

[2]) Prescindendo dall'interpolata l. 1 § 4 D. 26. 7 (cfr. GRADENWITZ, *Interpolat.*, p. 100; WENGER, *A. iudicati*, pp. 193, n. 15, 197; SOLAZZI, *La minore età*, p. 207) veggansi le ll. 17 § 2 D. 12. 2 (cfr. *La minore età*, p. 204), 15, 22, 23 (cfr. *La minore età*, p. 205), 39 pr., 46 § 7, 57 pr. D. 26. 7 (cfr. GRADENWITZ, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 7, p. 84).

[3]) Quanto all'esercizio dell'a. iudicati per un infans cfr. WENGER, op. cit., p. 214, n. 17.

beninteso nei casi in cui è ammessa l'a. utilis, anche prima che divenisse pubere, è provato da un luogo del commento di Ulpiano all'editto che regolava la missio in bona pupilli (l. 3 § 2 D. 42. 4).

> ULPIANUS, *l. 59 ad edictum:* « Ego puto: et si cum tutore eius contractum est, ex qua causa actio in pupillum datur, magis est, ut edicto locus sit, quasi cum eo contractum sit ».

I creditori, che hanno contrattato col tutore nelle condizioni sotto le quali « actio in pupillum datur », hanno diritto ad essere immessi nei beni del pupillo, come se avessero contrattato direttamente con lui. Non v'ha dubbio quindi che l'a. utilis possa sperimentarsi durante la tutela.

4. — Con ciò un lato del problema è risolto; ma ne resta un altro, praticamente più interessante. Trascurando per la ragione sopra enunciata le azioni date al pupillo, portiamo il nostro esame sulle azioni contro il pupillo. I creditori *possono* intentarle prima dell'estinzione della tutela, ma *dovranno* anche farlo? Se non volessero saperne di una missio in bona, che non procura loro il becco di un quattrino, ma li costringe ad attendere pazientemente che il pupillo raggiunga la pubertà, non potrebbero rivolgersi contro il tutore, essi che pure sono muniti di una sentenza pronunciata contro di lui od hanno con lui concluso l'obbligazione? Si tratta di stabilire se il tutore possa ricusarsi di rispondere alle azioni che direttamente lo riguardano, ovvero l'attore abbia diritto di scegliere il convenuto.

La verità è nella seconda alternativa. I testi, che ammettono il trasferimento dell'a. iudicati e la concessione delle azioni utili senza determinazione di tempo, non rispondono alla nostra domanda. Essi constatano semplicemente un diritto del creditore e lasciano aperta la questione se, mal sopportando la lunga attesa finchè il pupillo sia in grado di difendersi o prevedendo che il tutore non voglia nemmeno integrare la capacità dell'impubere quando potrebbe prestare l'auctoritas e permettere subito il processo, il creditore possa costringere il tutore ad osservare i contratti che lo legano e le sentenze che l'hanno condannato [1]). Ad un simile quesito rispondono

[1]) Fondandosi sulla l. 43 § 1 D. 26. 7 qualche autore (cfr. WINDSCHEID, *Pand.* III, § 442, n. 2; ZIMMERMANN, *Stellvertr. Negotiorum Gestio*, p. 116) afferma che

gli altri testi da noi citati; risponde Papiniano, allorchè consente al tutore di respingere l'a. de constituta pecunia dopo la fine della tutela (« actionem post tutelam finitam recte recusat ») e nega l'a. iudicati contro il curatore uscito d'ufficio (« post mortem furiosi non dabitur in curatorem qui negotia gessit iudicati actio ») [1]).

La conclusione, a cui giungiamo [2]), spiega e coordina le varie attestazioni delle fonti; evita lo sconcio che il tutore possa sottrarsi all'adempimento delle sue obbligazioni, sebbene disponga del patrimonio del pupillo, nel cui interesse ha agito e donde può prendere i mezzi per soddisfare i creditori [3]); infine limita opportunamente il diritto del tutore ad essere esonorato dalle responsabilità incontrate nell'amministrazione della tutela, perchè questo esonero appare veramente giustificato solo allora che i rappresentanti degli incapaci abbiano cessato di rivestire tale qualità. A partire da quel momento è ragionevole che essi siano liberati dalle conseguenze, a loro non imputabili, della tutela e della cura.

durante la tutela il tutore potesse essere convenuto solo fino a concorrenza del patrimonio pupillare. Poichè la l. 43 § 1 è interpolata, quella norma appartiene al diritto giustinianeo; ma lo scopo dell'emblema (vedi anche il mio studio *Errore e Rappresentanza* nella « Rivista ital. per le scienze giuridiche », 50, p. 245) non esige che la norma sia limitata alla promessa dotale, come opina il v. TUHR, op. cit., p. 310, n. 23.

[1]) Bas. 38. 9. 29, se pure rende esattamente la l. 15 C. 5. 37, non esprime la norma precisa del diritto classico, scrivendo che il curatore non è tenuto καὶ μάλιστα τὴν κουρατωρείαν ἀποθέμενος. Il diritto classico negava l'azione contro il curatore del furioso « deposita cura » e non soltanto « et maxime deposita cura ». Ma, posto che per diritto bizantino il rappresentante non obblighi se stesso, sibbene il rappresentato, l'azione deve esser data contro costui anche durante la cura.

[2]) Forse è già in BARON, *Institutionen*, § 128, testo alle note 8, 13, 15: UNTERHOLZNER, *Schuldverhältn.*, I, § 95, p. 195 e certamente in BONFANTE, *Istituzioni* [5], p. 384.

[3]) Giustamente il MITTEIS, *Stellvertretung*, p. 79, nella circostanza, che il procurator omnium bonorum è ordinariamente in grado di pagare col patrimonio del dominus i debiti contratti per esso, vede la *ratio* (almeno pratica: cfr. HUPKA, *Haftung*, p. 14, n. 1) della decisione contenuta nella l. 6 D. 14. 3 (Paul. 30 ad ed.), la quale accorda l'azione institoria non solo contro il dominus, ma anche contro il procurator omnium bonorum che ha ordinato la praepositio institoris.

APPENDICE.

Il lavoro, che ora termina, era pronto per la stampa sin dal giugno 1909. Lo spazio concesso dal *Bullettino* ed altre cause, tra cui il desiderio dell'autore di completare le ricerche sulla minore età, a proposito della quale varii testi si offrivano sotto una nuova luce, hanno fatto ritardare la pubblicazione, tanto che la prima puntata della medesima, uscita nel vol. 22 (1910), ha potuto essere recensita dal DEBRAY nella *Nouv. Revue hist. de droit*, 35 (1911), la seconda puntata ha provocato uno studio dell'ALBERTARIO contro la classicità ivi difesa dell'a. quasi institoria, e in altri scritti, dell'autore o altrui, indipendentemente o con riferimento al presente lavoro, ha trovato luogo la disamina di testi qui commentati.

Richiamare codesti studi che completano, emendano o ribadiscono i risultati del nostro, e rispondere, ove ne sia il caso, alle critiche, è lo scopo di questa Appendice.

PARTE I.

Num. 2. — Per l'interpolazione di l. 23 D. 26. 7 vedi ora SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, p. 205 sgg.

Num. 3. — Nella l. 2 pr. D. 26. 7 ALBERTARIO, *La costruzione «nisi... tunc enim»*, in *Filangieri*, 36 (1911), p. 814 sgg. ritiene emblematico «nisi abstineatur... in pupillum», e l'interpolazione è assai probabile. Per altro è da credere che i commissarii traessero la loro aggiunta dal § 1 della l. 2, in cui Ulpiano sulla traccia di Marcello distingueva gli effetti della satisdatio iudicatum solvi prestata dal tutore, secondo che il pupillo si sia astenuto o no dall'eredità. Cfr. anche l. 39 § 4 D. 26. 7 e su di essa Capo II num. 2.

Num. 6. — Nella l. 44 D. 42. 1 dubito che «vel ad coheredes» provenga dai compilatori, poichè Scevola decideva un caso concreto. La fine del passo dovrebbe pertanto aver suonato: «... et ita bona

defuncti ad substitutum pervenerunt: quaeritur, an hi(*c*) ex causa iudicati tenea(n)tur. Rescripsit (*respondit?*) dandam in e(os)*um* actionem ».

Num. 7. — Non è impossibile che « curatores puellae » nella l. 45 § 1 D. 5. 1 sia interpolato. Le ricerche sulla minore età mi hanno rivelato che i compilatori aggiungono e sostituiscono i curatori ai tutori con la massima indifferenza. In « nomine puellae tutoribus in provincia condemnatis curatores puellae » il secondo *puellae* è superfluo e pesante. È dunque da ventilare anche la ricostruzione: « Nomine puellae tutor*es* in provincia condemnati iudicatum Romae facere coguntur, ubi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia heres extitit ».

Num. 8. — La tesi qui sostenuta e accolta dal Peters, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, *32*, p. 224, che la l. 1 § 3 D. 26. 7 nella sua redazione genuina distinguesse fra il minore presente e l'assente, è falsa. Chi difendeva il minor nell'epoca classica, in ogni caso « se liti optulit » ed era sottoposto all'a. iudicati, perchè il minore era pienamente capace di stare in giudizio. Cfr. Solazzi, *La minore età*, p. 206 sgg.

Num. 10. — Sulla l. 1 C. 5. 39 vedi la Parte IV num. 1.

Sulle ll. 28 § 2 D. 49. 1; 10 C. 7. 62; 5 § 6 D. 26. 7; 27 D. 49. 1; 2 D. 49. 10; 6 § 3 D. 42. 2 vedi *La minore età* rispettivamente alle pp. 216, 242, 52, 215, 217, 214.

Num. 11. — Anche l'*actor*, di cui parla la l. 32 § 7 D. 26. 7 (Modestinus 6 respons.), è costituito in un caso in cui il pupillo trovasi fuori del luogo di residenza del tutore.

PARTE II.

Capo I.

Num. 1. — L'osservazione, da me fatta a proposito della l. 1 § 15 D. 27. 8, che il magistrato tanto più raramente avrà dovuto stipulare esso la cautio rem pupilli salvam fore quanto più spesso avrà usato

della facoltà di « dare aliquem cui caveatur », non ha valore. Bisogna tener distinti i magistrati municipali, di cui si occupa la l. 1 § 15 D. 27. 8, ed il pretore, a cui si riferisce la l. 3 D. 46. 6. I magistrati municipali, in mancanza del servo pubblico, stipulano essi medesimi, il pretore delega qualcuno a ricevere la promessa. E però la differenza tra i due luoghi di Ulpiano è pienamente giustificata.

Sulla l. 5 D. 46. 5 vedi anche *Di alcuni punti controversi nella dottrina romana dell'acquisto del possesso per mezzo di rappresentanti* (estratto dalle *Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Modena*, serie III, vol. XI) p. 50 e specialmente n. 3.

Num. 2. — A ribadire il sospetto che la l. 2 C. 5. 46 sia stata alterata dai compilatori giova considerare che probabilmente anche « legitimae aetatis effecti » è insiticio. Per l'imperatore Filippo « idem pupilli » sono gli ex-pupilli. Triboniano ha inteso il bisogno di avvertire espressamente che l'azione è esercitata dopo la fine della tutela, ma, ciò facendo, esso adopera una frase che allude alla maggiore età, conformemente ai principî del nuovo diritto, secondo cui il minorenne non è capace di stare in giudizio. I classici non dovettero chiamare « legitima aetas » la pubertà; e però il dilemma posto in *La minore età*, p. 198 n. 5 deve essere risolto nel senso dell'interpolazione.

Di C. 5. 75. 1 ho detto qui che probabilmente trattava in origine del curatore e che le locuzioni « tutoribus seu » ecc. vi sono state inserite dai compilatori per dare una portata più generale alla costituzione di Antonino. Giusta era l'intuizione che il rescritto fosse stato interpolato; ma la ricostruzione deve procedere nel senso affatto opposto. Vedi ora un'esegesi più esatta e piena in *La minore età*, p. 153 sgg.

Sulla l. 2 C. 5. 58 vedi *La minore età*, p. 100 sgg.

Num. 3. — Le interpolazioni ritenute dal Beseler, *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, 2, p. 26 nella l. 9 D. 26. 7 non toccano la sostanza del testo.

Num. 4. — Completa e correggi l'esegesi della l. 26 D. 12. 1 con ciò che ho scritto in *La minore età*, p. 40 sgg.

Num. 6. — La l. 17 D. 39. 1 è citata per errore a proposito della nuntiatio novi operis, mentre voleva esser citata a proposito della prohibitio; ed è di Paolo 67 (non 57) ad edictum.

Nella nota, in cui vengono ricordati i testi relativi alla prohibitio, cancella l. 5 § 12 D. 43. 24.

Sulla costituzione in mora vedi Parte III num. 13.

L'interpolazione, che qui esitavo ad ammettere, della l. 21 pr. D. 20 1, ho poi accolto in *Errore e Rappresentanza* (« Rivista ital. per le scienze giuridiche », 50, p. 246 n. 4).

Commentando la l. 5 § 4 D 44. 4 e l'exceptio redhibitionis, mi era sfuggito che già il LENEL, *Edictum* ², p. 484 n. 10 supponeva che « is, cui hoc dominus permisit » e « is qui vendidit » siano interpolati per l'*argentarius*. Ora il KNIEP, *Argentaria stipulatio* (Abdruck a. d. Festschrift f. A. Thon), p. 57 dubita che sia genuino « et ideo is qui vendidit agit adversus dominum ».

Non contrasta a ciò che osservo sulla rappresentanza nel *receptum* l'ipotesi della sua origine ellenistica enunciata dal PARTSCH, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 29, p. 403 sgg.

Num 7. — Che la l. 25 D. 3. 3 sia in gran parte interpolata, sostiene ora anche BESELER, op. cit., 1, p. 5 in nota.

A proposito del trasferimento delle azioni dal rappresentante al rappresentato, che è un istituto del diritto pretorio esteso dalla giurisprudenza e dai rescritti imperiali, si ricordi che, come ho osservato in *Di alcuni punti controversi* cit., p. 51, il punto di partenza probabilmente è stato l' editto « quod adversus municipes agatur ».

Ora anche il WIRBEL, *Le cognitor*, malgrado riconosca (p. 122 sgg.) i punti di irruzione dell'idea della rappresentanza diretta pel giuramento decisorio e creda (p. 172 sgg.) che allo stesso indirizzo accenni il trasferimento dell' a. iudicati per o contro il dominus, tuttavia concepisce (p. 144 sgg.) il cognitor come rappresentante indiretto.

Num. 8. — Ho ribadito e finito di dimostrare l'interpolazione della l. 5 § 9 D. 13. 5 in *La minore età*, p. 41.

La frase della l. 27 § 1 D. 2. 14, con cui si giustifica la concessione dell' exceptio doli al fideiussore in forza del patto concluso dal

debitore « ne a fideiussore peteretur », è dal BESELER, op. cit., 2, p. 69 attribuita a Triboniano; ma vedi contro MITTEIS, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 33, p. 200 sgg.

Num. 9. — Sulla l. 2 D. 26. 9 cfr. anche *La minore età*, p. 67.

Che « curator » sostituisca « tutor » nella l. 3 C. 5. 51 ho dimostrato in *La minore età*, p. 94 sgg.

Confermo l'origine spuria di « vel minori » della l. 3 pr. D. 27. 9 in *La minore età*, p. 12.

Num. 10. — Più ampie interpolazioni ammette il PETERS, op. cit., 32, p. 252 sgg. nella l. 52 D. 15. 1. Il brano « et quia occupantis ... in quovis tutore dicendum est » sarebbe emblematico e la mia tesi, che l'*utilis actio adversus debitores* data al pupillo non sia clssica, ne sarebbe rafforzata.

Nella l. 16 D. 26. 7 il BESELER, op. cit., 2, p. 8 reputa interpolato « sed verius se putare... negotium gessisset ».

Num. 11. — Per altri emblemi nella l. 4 C. 5. 39 vedi *La minore età*, p. 247.

Della rappresentanza nel deposito ci occupiamo pure nella Parte III num. 6.

Sulla l. 11 § 6 D. 13. 7 vedi *Di alcuni punti controversi* cit. num. 7. Il dubbio che le azioni pignoratizie dovessero seguire la sorte dell'azione nascente dal credito garantito si è più volte affacciato nell'epoca classica: cfr. D. 36. 1. 75 pr. (Marcianus 13 fideicom.).

L'interpolazione di « semper » nella l. 72 D. 3. 3 è ammessa anche dal KNIEP, *Mora des Schuldners*, I, p. 184, n. 16.

Num. 12. — A proposito della nota di Trifonino nella l. 88 D. 46. 3 cfr. l. 10 § 6 D. 15. 3, in cui Ulp. 29 ad ed. dà l'a. de dolo malo (*competit* è interpolato: cfr. KRÜGER, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 16, p. 4, n. 4) contro il dominus che ha pagato « in necem creditoris, id est perdituro servo [vel filio] ». Il KNIEP, *Argentaria stipulatio* (Abdruck a. d. Festschrift für A. Thon), p. 37 sgg. fraintende il pensiero di Trifonino, credendo che esso parli della responsabilità dei tutori: del resto il K. opina che avanti a « subest » si desideri « dubitari potest »

o altra espressione simile e che nemmeno una tale inserzione possa bastare. Gratuita è la supposizione dello stesso autore che il responso di Scevola non sia riferito integralmente e che i compilatori abbiano cancellato « neque puellam neque matrem cum argentariis ullam actionem habere et ».

Num. 13. — Se la discussione qui fatta è divenuta in parte superflua, poi che il PETERS, op. cit., 32, p. 228 sgg. ha dimostrato che sòlo i tutori non gerenti potevano contrattare col pupillo con l' auctoritas del tutore amministrante, la mia tesi, che il tutore non potesse contrattare con se medesimo nè prendere da sè a mutuo il denaro del pupillo, riceve dagli studi e dalle critiche del Peters piena conferma.

Nella l. 54 D. 26. 7 è da intendere che i contutores prestino il denaro ad un tutore che non amministra (cfr. PETERS, p. 239, n. 2).

Num. 14. — Sulla l. 34 § 7 D. 18. 1 vedi *La minore età*, p. 42.

Nella l. 5 § 2 D. 26. 8 il PETERS, op. cit., p. 234 reputa un emblema « sed enim... emere potest ».

Nella l. 2 § 8 D. 41. 4 il BESELER, op. cit., 2. p. 94 con motivi, che mi sembrano insufficienti, ritiene l' interpolazione delle parole « in cuius opinionem... emptorem ».

Sulla l. 56 D. 26. 7 cfr. in vario senso BRASSLOFF, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 22, p. 187 sgg.; SIBER, *Passivlegitimation bei der rei vindicatio*, p. 60 sgg.; PETERS, op. cit., 32, p 213.

PARTE II.

CAPO II.

Num. 1. — Sulla l. 20 § 1 D. 15. 3 cfr. ora RICCOBONO, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 33, p. 300.

Sulla l. 1 § 9 D. 15. 4 cfr. *La minore età*, p. 127.

Num. 2. — Sulla l. 4 C. 2. 24 cfr. *La minore età*, p. 249, n. 1.

Per l' interpolazione di *curator* nelle ll. 43 § 1 D. 26. 7 e 5 § 12 D. 23. 3 vedi la stessa opera a p. 134, n. 3.

Ivi a. p. 287 ho pure dimostrato che nella l. 60 D. 23. 3, oltre che «curator consensum», è emblematico «adultae».

Num. 4. — Il quesito posto dal Mitteis, se della porzione appartenente ai minori il curatore trasmettesse soltanto la proprietà bonitaria, è eliminato dalla dimostrazione da me data che il curatore del minorenne non amministrava e non poteva venderne i fondi, sicchè nella l. 47 § 1 D. 4. 4 il curator adulescentium è interpolato: vedi *La minore età*, p. 120. Quindi il passo non può influire in nessun modo sulla determinazione del tempo in cui sarebbero stati composti i *responsa* di Scevola: cfr. KRÜGER, *Geschichte der Quellen*[2], p. 218, n. 43.

Num. 5. — Vedi sulla l. 2 C. 5. 70 *La minore età*, p. 114.

Ai testi, in cui è stata notata l'interpolazione «si hoc pupillo expediat», aggiungi la l. 12 § 3 D. 26. 7 (Paul. 38 ad ed.).

Sulla l. 3 C. 5. 39, che non è di Gordiano ma di Massimino, vedi *La minore età*, p. 91.

Num. 6. — Anche il PETERS, op. cit., 32, p. 201 sgg. sostiene, come io ho fatto in *Di alcuni punti controversi* cit., che già il diritto classico ammettesse la rappresentanza diretta del tutore nell'acquisto del possesso.

Intorno alla critica di alcuni testi enunciata dal BESELER, op. cit., 2, p. 172 sgg. vedi *La minore età*, p. 76, n. 1.

Num. 8. — A proposito del contratto reale-verbale è per errore di stampa citata la l. 9 § 3 D. 12. 1, anzichè la l. 9 § 4 D. eod., sulla cui interpolazione, oltre il Pernice da me ricordato, è da vedere il NABER, *Mnemosyne*, XX, p. 109. Cfr. pure lo stesso NABER, p. 110, sulla l. 6 § 1 D. 46. 2.

Sulla negotiorum gestio come sostitutivo della rappresentanza e sulla parte avuta da Papiniano nello svolgimento della dottrina relativa si consulti anche la l. 31 § 1 D. 3. 5 (Parte III, num. 6).

Num. 9. — Lo studio in questo e nei numeri seguenti 10-12 dedicato alla difesa della classicità dell'a. quasi institoria, per cui mi sono richiamato a testi di solito non considerati, ha porto l'occasione

ad una memoria dell'ALBERTARIO, *L' actio quasi institoria*, Pavia 1912, la quale assume di dimostrare che i testi sono interpolati e che la quasi institoria è una creazione del diritto postclassico.

Lo studio dell'A. è diretto in primo luogo a negare che i frammenti, i quali estendono altre azioni *adiecticiae qualitatis* a casi che rimanevano fuori del loro campo originario, siano genuini. Ed egli ha ragione per il fr. 52 pr. D. 15. 1, a cui riguardo la mia critica (Parte II, Capo I, num. 10) è stata superata dal Peters (*Z. d. Sav. St. f. Rg*, 32, p. 252 sgg.) Ma se io peccai per difetto, alla sua volta l'A. cade in un eccesso evidente, dichiarando interpolata anche la chiusa « quid ergo est rell » che il Peters giustamente mantiene[1]). Vero è che pure secondo il Peters Paolo avrebbe rifiutato l' a. de peculio ed accordato in sua vece un' utilis actio tutelae. Ma, poichè Ulpiano in D. 26. 7. 11 presuppone l' a. de peculio per un caso apparentemente identico, il romanista tedesco cerca di stabilire una differenza fra i due casi: nel fr. 52 deve essere mancato per il denaro, che il servo come « quasi liber » aveva a sua disposizione, il permesso del dominus che lo avrebbe convertito in peculio. La spiegazione è poco probabile, perchè, trattandosi di un uomo che vive ed agisce da libero tanto che gli è stata persino affidata una tutela, bisognerebbe pensare che il permesso del padrone risalga ad un tempo anteriore a quello in cui il servo cominciò ad usurpare attitudini e funzioni da libero e *che quella volontà regga anche le mutazioni patrimoniali sopravvenute posteriormente*: altrimenti i beni del quasi liber non sono, almeno tutti, peculiari. Io credo che Paolo desse l' a. utilis de peculio: e lo credo, perchè l' indagine del testo, reputata genuina da entrambi i critici surricordati, sarebbe oziosa, se in qualche modo il pupillo non agisse con l' a. de peculio. Il giureconsulto doveva risolvere una questione di fatto (« ex facto quaeritur »), e perchè mai avrebbe consumato tempo ed inchiostro a ricercare se il ius deductionis del dominus dovesse cedere al privilegio del pupillo, quando nel caso concreto stava di fatto che in nessun modo si poteva agire con l' a. de peculio?

Per dimostrare l' emblema dei fr. 20 pr. e 21 D. 15. 3 l'Albertario non ha recato alcuna ragione decisiva. Secondo lui è strano « che Scevola, *quantunque non enunci con le stesse parole la fattispecie*

[1]) Cfr. anche BERGER, *Krit. V. I. Schr.*, 1912, p. 435.

a lui sottoposta, risponda proprio stereotipamente la stessa cosa, tanto più strano, in quanto che soltanto nella fattispecie del fr. 21 si parla dei servi paterni e di essi invece parla in tutti e due i testi il responso di Scevola ». Ora è certo che nelle Pandette il fr. 20 pr. estratto dal l. 1 responsorum di Scevola riferisce il caso più concisamente e senza i particolari che si leggono nel fr. 21 estratto dal l. 5 digestorum. Ma non così certo è che la relazione di Scevola nei due luoghi differisse come appare oggi dai Digesti giustinianei: se l'A. pensa che i compilatori abbiano sostituito una risposta nuova a quella di Scevola, io potrei pensare che essi abbiano accorciato un testo giudicando sufficiente che l'esposizione completa del caso fosse fatta dall'altro, e la congettura è degna poco o molto di esser presa in considerazione finchè sarà controverso il rapporto fra le due opere di Scevola e non potremo renderci pienamente conto delle coincidenze e delle divergenze che si notano nei passi doppii [1]). Non piace questa supposizione? Eccone un'altra: il testo genuino del fr. 20 pr. non ricordava i servi paterni nell'enunciazione del caso e naturalmente non li menzionava nemmeno nella decisione « si ad ea id quod creditum est erogatum esset, sine quibus se tueri non posset »; ma i compilatori hanno corretto « sine quibus *aut* se tueri *aut servos paternos exhibere* non posset », traendo l'aggiunta dal fr. 21. Accenno a queste supposizioni, non perchè io voglia ritenerle provate, ma perchè sia chiaro che, se pure la perfetta corrispondenza delle soluzioni in due testi vicini dovesse suscitare lo scandalo da cui è preso l'A., vi si può rimediare con altri mezzi più semplici, e, oso credere, anche più verosimili di quello suggerito dall'acuto critico. Ad ogni modo resta fermo che l'improbabilità, piccola o grande che si voglia stimare, di due soluzioni letteralmente identiche date da Scevola in due opere diverse alla medesima fattispecie, se può autorizzare il dubbio che l'identità sia fattura di Triboniano, non legittima la conclusione che *sostanzialmente* la risposta sia inventata dal giurista bizantino.

Io ho sostenuto che Scevola chiamava utilis l'a. de in rem verso, perchè la filia familias non aveva un peculio; e all'A. par facile con-

[1]) Cfr. Krüger, *Geschichte der Quellen* [2], p. 218 sgg. Contro l'Albertario è da osservare che quasi sempre i Responsi danno una versione più breve dei Digesti e tuttavia spesso le risposte sono identiche: cfr. i passi citati dal Krüger nella n. 47.

futare questa osservazione. « Perchè nè una volta nè l' altra Scevola ci dice la ragione per cui è data l' a. utilis invece dell' a. directa? » È altrettanto facile rispondere che i compilatori, se è vera la mia tesi che il diritto giustinianeo ha sciolto l' a. de in rem verso dalla subordinazione al peculio, devono aver soppresso la parte del responso di Scevola, in cui questi avrà rilevato il difetto del peculio che faceva ostacolo all' a. de in rem verso. Ma replica l'A.: « perchè l' una volta e l' altra lasciano la menzione di utilis i giustinianei? »

Perchè i compilatori non parlano un linguaggio così rigorosamente tecnico che l' aggettivo « utilis » possa turbarli [1]; ciò che effettivamente li colpiva e non potevano lasciar passare era l' indicazione dell' ostacolo all' a. de in rem verso consistente nella mancanza del peculio. Del resto, se ci avessero badato, avrebbero tolto il predicato « utilis » in ambedue i testi, appunto perchè riguardano la stessa questione ed essi li collocano vicini l' uno dopo l' altro. Io non capisco perchè questa circostanza, mentre secondo l' Albertario non impedirebbe che i compilatori si dimenticassero una volta di eliminare l' *utilem*, dovrebbe escludere che Triboniano possa averlo lasciato correre tutte e due le volte. Io sono di avviso perfettamente contrario: mi sorprenderebbe che in due passi consecutivi una volta si dica bene e un' altra male, ma che i due passi ripetano la medesima inesattezza è cosa che capita anche a noi moderni... quando non ci accorgiamo di averla detta ma abbiamo l' occasione di ripeterla nella stessa pagina. Insomma, per confutare veramente la mia interpretazione dei fr. 20 pr. e 21 D. 15. 3, sarebbe stato mestieri che l'A. avesse confutato la mia tesi sull' a. de in rem verso, anzichè sospendere il giudizio su di essa dicendola elegante. Ne potremo riparlare, quando avrò pubblicato i miei studi sui passi che ritengo interpolati [2] in conseguenza della trasformazione subìta dagli elementi dall' a. de in rem verso nel diritto giustinianeo. Tanto per decidere della classicità della quasi institoria io non ho bisogno di argomentare dall' a de peculio utilis e dalle altre azioni adiettizie, che sarebbero state date come utili dalla giurisprudenza classica.

[1]) Il loro programma scientifico è scritto nel fr. 46 § 1 D. 3. 5 « nec refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur ».

[2]) Frattanto veggasi il fr. 17 § 4 D. 14. 3 e su di esso *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 49, p. 56, n. 1.

Quello che l'A. chiama il mio orientamento – e cioè che non deve meravigliare l'esistenza dell'a. utilis institoria, come sono riconosciute altre azioni utili adiettizie – può essere sbagliato, ma è innocuo, perchè non dispensa dal saggiare la genuinità dei testi relativi alla quasi institoria e non impedisce di ammetterne l'interpolazione, ove sia provata. Non è innocuo invece l'orientamento dell'Albertario: da una buona osservazione egli trae illazioni esorbitanti. Tutti gli istituti costruiti mediante l'uso del « quasi » sono nelle fonti giustinianee o sicuramente non classici o, quanto meno, fortemente sospetti: dunque anche l'a. quasi institoria deve essere un frutto dell'attività dei compilatori. Ma la quasi institoria non è che un'azione utile e di azioni utili è piena la giurisprudenza classica. Il nome non è la cosa e con un nome bizantino si è potuto designare un istituto classico, poichè accade sovente che una veste nuova ricopra un corpo vecchio.

Con questa necessaria avvertenza pare a me che debbano essere studiati i passi sulle azioni con « quasi ». E innanzi tutto quelli che parlano della *quasi Serviana*, dove si nota[1]) che insieme colle Istituzioni giustinianee (4. 6. 7 e 31) un solo frammento (D. 16. 1. 13 § 1 – Gaius 9 ad ed. prov.) menziona la *quasi Serviana*, mentre tutti gli altri nominano la *Serviana* o la *Serviana utilis*. L'A. scrive per l'appunto: « l'actio quasi Serviana è ritenuta ora giustamente anch'essa un'invenzione dei compilatori, dopo la geniale indagine del Fehr sulle origini romano-elleniche dell'ipoteca ». A parte che una tale communis opinio è una semplice speranza cui contrastano le critiche del Manigk e dell'Erman, io per mio conto riconosco che i due luoghi delle Istituzioni sono interpolati e che nel fr. 13 § 1 di Gaio sono emblematiche le parole « quasi » e « quae et hypothecaria vocatur ». Ma quando l'A. afferma che l'a. quasi Serviana è un'invenzione dei compilatori, io protesto che la sua proposizione è equivoca. Se egli vuol dire che il nome di quasi Serviana è giustinianeo, sono d'accordo con lui; ma, se egli pretendesse di negare che nell'epoca classica esisteva il pegno convenzionale oltre al pegno reale e che a difesa di un tal pegno il creditore aveva un'azione, la quale, escluso il nome di quasi Serviana, resterà a decidersi se fosse chiamata Serviana semplicemente o Serviana utilis, l'Albertario non solo affacce-

[1]) Cfr. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom roem. Pfandrecht*, p. 51.

rebbe una tesi, che oltrepassa di gran lunga le conclusioni del Fehr [1]), ma certamente sarebbe in errore. Insomma dopo l'indagine del Fehr sparisce dal diritto classico il nome, ma rimane l'istituto, che i giustinianei battezzano coi titoli di quasi Serviana ed hypothecaria.

Se v'ha punto sicuro nella storia del diritto romano, quello è che l'actio legis Aquiliae è stata accordata come utilis per casi non compresi strettamente nella disposizione della legge [2]). L'emblema del fr. 51 D. 47. 2 consiste pertanto nell'aggiunta di un « quasi ».

> Gaius *l. 13 ad edictum provinciale:* « Nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae [quasi] ex lege Aquilia dabitur ».

Tolto il « quasi », resta l'actio utilis ex lege Aquilia. Ed analogamente nel fr. 13 D. 38. 5, se reputeremo insiticio il « quasi », dovremo pensare che le alienazioni compiute dall'arrogante in frode dei diritti dell'arrogato fossero revocabili con la Calvisiana e con la Fabiana utili.

> Paulus *l. 10 ad legem Iuliam et Papiam:* « Constitutione divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius qui adoptavit fuerunt, pars quarta ad eum pertineat qui adoptatus est: sed et bona ei, quae adquisiit patri, restitui iussit: si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Fabianam actionem revocandum est ».

Da un lato non è verosimile che la giurisprudenza classica abbia assistito impassibilmente ai tentativi di frustrare le disposizioni della constitutio divi Pii e dall'altro è certo che le azioni date al patrono contro le frodi del liberto non avrebbero potuto servire all'impubere senza un'acconcia modificazione della formula.

Vediamo la critica dell'A. al fr. 6 pr. D. 14. 1.

> Paulus *l. 6 brevium:* « Si servus non voluntate domini navem exercuerit, si sciente eo, quasi tributoria, si ignorante, de peculio actio dabitur ».

[1]) Cfr. op. cit. p. 135 sgg.
[2]) Cfr. Gai. III. 219 e 202.

Il periodo corre benissimo, saltando la distinzione « si sciente... si ignorante ». Se la si conserva, non può sfuggire come esso cammini male, dato il precedente *si*. I classici non aggrovigliano le ipotesi con questo succedersi di proposizioni condizionali. Si può rilevare dal testo che il giureconsulto doveva distinguere tra il caso in cui l'exercitor navis era tale per volontà del dominus, e quello in cui egli era tale senza questa volontà. Nel primo caso: *actio exercitoria*; nel secondo caso: *actio de peculio*. Se il giureconsulto avesse distinto ancora nel secondo caso, avrebbe espresso la distinzione in diversa e più ampia forma.

A questo punto sarebbe stato desiderabile che l'A. avesse indugiato nell'estimazione dogmatica della distinzione, dopo averne censurata la forma. Poichè la sua critica si è qui arrestata, non ha potuto valutare i motivi pei quali io persisto a credere che la distinzione sia di Paolo. Se il servo esercita il commercio marittimo senza la volontà del padrone, ma non a sua insaputa, si affacciano varii problemi, che non possono sorgere invece, quando il padrone non ha avuto notizia dell'exercitio navis. La prima questione da risolvere è se basti a fondare l'a. exercitoria, come basta per l'a. tributoria, il comportamento passivo del dominus, se cioè la scientia possa tener luogo della voluntas. Rispondendo negativamente, bisognerà cercare se il « navem exercere » rientri nel « merce peculiari negotiari », perchè, nell'ipotesi affermativa, data la scienza del dominus, competerà l'a. tributoria. Io dianzi inclinavo alla soluzione negativa, ma devo riconoscere che non vi sono argomenti categorici per cui essa si imponga. L'interpretazione di Pedio è amplissima: « licet mercis appellatio angustior sit... tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum » (D. 14. 4. 1 § 1). Per contro mi par certo che, negata l'a. tributoria, s'imponga assolutamente l'ammissione di un'actio utilis. Infatti nel commercio di terra il diritto classico ci presenta la gradazione: 1) a. institoria; 2) a. tributoria; 3) a. de peculio. Perchè si faccia luogo all'a. institoria occorre la « dominica merx ». Un servo può esercitare personalmente il commercio col suo peculio, sciente o anche volente il padrone; e l'unica azione competente sarà sempre l'a. tributoria. Un servo può valersi di un institor e, che la preposizione avvenga con la mera scienza o anche con la volontà del padrone, si darà egualmente l'a. tributoria:

cfr. D. 14. 3. 11 § 7. Nel commercio marittimo invece, se il magister è stato preposto dal servo « voluntate domini », spetta l'a exercitoria (*in solidum*, non *in tributum*). L'altra ipotesi, che siavi soltanto la scienza del pater familias, sarebbe rigettata, secondo l'avviso dell'Albertario, nell'a. de peculio; ossia pel caso della *voluntas* si avrebbe un aumento di responsabilità rispetto al commercio terrestre, pel caso della *scientia* una diminuzione. Ma questo regime è contraddittorio ed ingiusto, se è vero che « sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore » (D 14. 1. 1 pr.). Nel caso della *scientia* deve per lo meno osservarsi lo stesso grado di responsabilità che si ha nel rapporto institorio. Sicchè il solo punto disputabile è se fosse accordata l'a. tributoria diretta o utile. Poichè nel fr. 6 pr. « quasi » è sicuramente insiticio, le maggiori probabilità sono per l'a. tributoria diretta. Ma la distinzione combattuta dall'A. ha radici troppo salde nel sistema del diritto classico romano perchè le critiche puramente formali del giovane scrittore, anche se non fossero, come io temo, alquanto eccessive, possano scuoterla.

La conferma invece Ulpiano (28 ad ed.) nel fr. 1 §§ 19 e 20 D. 14. 1.

> Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit iudicium datur. — Licet autem datur (detur F²) actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat. Ideo autem ex voluntate in solidum tenentur qui habent in potestate exercitorem, quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet. At institorum non idem usus est: ea propter in tributum dumtaxat vocantur, qui contraxerunt cum eo, qui in merce peculiari sciente domino negotiatur. Sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoriae dabimus? In re igitur dubia melius est verbis edicti servire et neque scientiam solam et nudam patris dominive in navibus onerare neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem. Et ita videtur et Pomponius significare, si sit in aliena potestate, si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium.

Il primo periodo del § 20 ripeterebbe non molto elegantemente la regola del § 19, se quivi non stesse, con lievi varianti, una clausola edittale che i successivi paragrafi commentano [1]).

Ben rilevata è la differenza con gli institori, ossia col commercio di terra: i terzi contraenti con chi negozia « in merce peculiari », sia poi costui l'*alieni iuris* in persona o un suo institore, hanno solamente l'a. tributoria.

Da questo esordio, con cui giustifica l'editto « si is, qui navem exercuerit, in *patris dominive* potestate erit », il giureconsulto è portato naturalmente ad esaminare la questione che per noi riveste il maggiore interesse Quid iuris, se l'exercitio navis è tenuta con la sola scienza, anzichè con la volontà del pater familias? Nelle parole « sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit » è un'elissi certamente dovuta ai compilatori. Lo stesso motivo, che li ha indotti a sostituire « aliena » nel testo edittale [2]), ha determinato la soppressione di « patre dominove » dopo « volente ». Forse l'attuale formulazione del quesito è pure alterata: scriveva Ulpiano « utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an *tributoriam* »? Nemmeno la risposta è impeccabile: « igitur » parrebbe implicare un'esposizione precedente, ed anche l'antitesi « in navibus - in peculiaribus mercibus » ci richiama ad una disputa soppressa, perchè, se per servire alle parole dell'editto non si deve « in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem », nasce il dubbio che altri, con più larga interpretazione, volesse dare l'a. institoria anche quando l'institor fosse stato preposto, a saputa del pater familias, da un suo dipendente. Ma non tacerò l'impressione che le frasi « neque scientiam solam et nudam in navibus onerare - neque in peculiaribus mercibus voluntatem extendere ad solidi obligationem » arieggino un poco lo stile immaginoso e gonfio di Triboniano; « si sit in aliena potestate » (a che questa condizione, se tutto il passo ragiona dell'exercitor alieni iuris?) ed il pronome « eum » (il cui soggetto « patris dominive » deve ricercarsi parecchie righe più sopra) mostrano che neanche la citazione di Pomponio è stata rispettata. Tuttavia a me sembra che da questo passo si ricavi tanto da poter asserire che anche Ulpiano e Pomponio davano l'actio tribu-

[1]) Cfr. LENEL, *Edictum*², p. 249.

[2]) GRADENWITZ, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 8, p. 258.

toria, quando il commercio navale era esercitato con la scienza del pater familias. Nè per andare in contrario avviso gioverebbe richiamarsi alle parole della chiusa « si quidem voluntate gerat, in solidum eum obligari, si minus, in peculium », sia perchè il brano è stato rimaneggiato, sia perchè l'espressione « in peculium » non significa necessariamente l'a. de peculio, ma, opponendo « in peculium » ad « in solidum », comprende le due azioni de peculio e tributoria, nelle quali la responsabilità è limitata al peculio.

Pertanto nel fr. 6 pr. l'a. quasi tributoria sparisce, ma al suo posto lascia l'a. tributoria. Sparisce la « quasi Publiciana » dal fr. 70 D. 6. 1, dopo aver eliminato « quasi », ma rimane la Publiciana.

> Pomponius *l. 29 ad Sabinum*: « Nec [quasi] Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare ».

Pomponio voleva negare proprio la Publiciana a colui « qui dolo fecit quo minus possideret » (vedi il fr. 69 eodem). Nel fr. 22 D. 11. 1 cancelliamo una « quasi interrogatoria », non l'azione dipendente dall'interrogatio in iure [1]).

> Scaevola *l. 4 digestorum*: « Procuratore Caesaris ob debitum fiscale interrogante unus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat nec heres erat, respondit se heredem esse: an [quasi interrogatoria] creditoribus ceteris teneatur? Respondit ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse ».

Così vien meno la « quasi institoria » nel fr. 5 § 8 D. 14. 3, poichè il caso del servus pollinctor era effettivamente da Labeone sussunto sotto l'a. institoria [2]). Tutte le azioni con « quasi », che io conosco, non svaniscono completamente [3]); ma lasciano come residuo l'azione

[1]) Cfr. Segrè, *Mélanges P. F. Girard*, II, p. 556, n. 1, il quale ha reso probabile che « interrogatoria (actio) » sia un predicato giustinianeo. Nel fr. 22 egli sospetta che si dicesse « quasi ex interrogatione ».

[2]) Il « quasi » manca a Bas. 18. 1. 5 § 8.

[3]) Nel fr. 8 § 1 D. 11. 7 (Ulp. 25 ad ed.):

> Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat

probabilmente è emblematico il motivo « cum quasi... contineat », ma l'a. in

diretta o l'azione utile dello stesso nome. Soltanto la « quasi institoria », accordata per i negozi del procurator, scomparirebbe del tutto, giacchè è certo che l'a. institoria non può competere. E questo resultato non depone a favore della tesi dell'Albertario.

Io ho raccolto i buoni frutti del suo studio, ammettendo l'interpolazione del « quasi » in D. 14. 1. 6 pr. e 14. 3. 5 § 8. Ma l'A. pensa che l'ammissione di questi emblemi giovi alla sua tesi, e in ciò ha torto. Simili emblemi provano che le azioni con « quasi » portano sempre un nome bizantino, ma non racchiudono, almeno sempre, un istituto bizantino.

Venendo da ultimo a trattare dell'a. quasi institoria, io non rinuncio all'argomento (beninteso indiretto) che può somministrare il fr. 5 D. 14. 3. Il rapporto institorio è interpretato in modo assai largo, sì da farvi rientrare parecchi casi che oggi noi forse ne escluderemmo; ma che significa ciò, se non appunto che i giureconsulti volevano soddisfare un'esigenza vivamente sentita? Orbene, per quanto si estenda il concetto dell'a. institoria, arriva pure un momento in cui esso non basta più e poichè quella corrente giurisprudenziale, che si rivela nel fr. 5, è forte e sospinta dalle necessità della vita e del commercio giuridico, essa trabocca dagli argini consueti e s'inalvea nell'a. quasi institoria. È un'ipotesi, lo so bene, che attende di essere dimostrata. Ma, se la critica si appoggia ormai (ed a ragione) anche a rilievi estetici più che filologici, perchè non dovrà badare altresì a codesti atteggiamenti ed impulsi della dottrina che hanno in sè medesimi una logica ed una fatalità?

Certo è infondata l'asserzione dell'Albertario (p. 19) che la frase « dandam in eum quasi institoriam actionem » di D. 14. 3. 5 § 8 si spieghi solo ammettendo che l'a. utilis ad exemplum institoriae sia un'innovazione giustinianea. Nient'affatto: giustinianeo è il « quasi », e, come mostra l'esempio del fr. 70 D. 6. 1, i compilatori non si pe-

factum è classica ed io anzi credo col LENEL, *Edictum*², p. 221 sg. che fosse proposta nell'editto.

Similmente nel fr. 1 § 3 D. 25. 6 (Ulp. 34 ad ed.):

> Hanc autem actionem praetor intra annum utilem pollicetur, ultra non, videlicet quasi poenalem

interpolata è la spiegazione « videlicet quasi poenalem ». Cfr. ALBERTARIO, *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*, 25, p. 14, n. 4.

ritavano di decorarne anche testi, i quali concedevano già l'azione diretta. Del resto lo stesso A. chiarisce che nel fr. 5 § 8 un equivoco di tal sorta era naturalissimo. Ma se l'empiastro (adopero un'immagine del Riccobono) con cui Triboniano lavora nel caso dell'institoria è «quasi», diventa poco probabile che all' uopo egli usasse moltissime volte «ad exemplum». Anche questa forma si sarà trovata, come crede l'A., nella farmacia giustinianea; ma è certo che la frase proviene dal latino classico [1]) e che «utilis actio ad exemplum institoriae» occorre nelle ll 19 pr. D. 14. 3, 13 § 25 D. 19. 1, 5 C. 4. 25, 30 pr. D. 3. 5, cioè nella massima parte dei luoghi che parlano della nostra azione. Si riproduce il caso della Serviana ed è da aspettarsi la medesima soluzione: la quasi institoria è un nome giustinianeo, ma l'utilis institoria è un'azione classica.

Per lo meno è doveroso porre il problema nei seguenti termini: ha Triboniano sporadicamente dato un nome nuovo ad un'azione vecchia o col nome ha inventato anche l'azione? Uno sguardo alla l. 10 § 5 D 17. 1 ci indica la via da seguire: «Papinianus... refert... utilem actionem dandam quasi institoriam». Per il doppio impiego, che «quasi» farebbe con «utilem», esso si rivela emblematico; ma resta «utilem actionem... institoriam» e per la storia della rappresentanza ciò che resta è tutto. L'Albertario cancella l'ultima parte «utilem actionem .. videatur», pur confessando che non vi sono indizi formali dell'interpolazione, e ritiene che il giureconsulto negasse

[1]) Cfr. per es. D. 8. 5. 2 pr. (Ulp. 17 ad ed.) «de servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum quae ad usum fructum pertinent» — D. 9. 2. 12 (Paul. 10 ad Sab.) «danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio» — D. 9. 2. 53 (Nerat. 1 membran.) «datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio» — D. 9. 3. 5 § 12 (Ulp. 23 ad ed.) «Servius respondit ad exemplum huius actionis dari oportere actionem» — D. 23. 2. 58 (Marcian. 4 regul.) «a divo Pio rescriptum est ad exemplum praetoris edicti dandam in eam actionem» — D. 44. 7. 35 pr. (Paul. 1 ad ed.) «Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur» — Vat. 92 «ad exemplum interdicti 'quem fundum' proponi etiam ei interdictum 'quem usum fructum vindicare velit'» — Collatio 12. 7. 6-7 «ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio actura — puto ad exemplum Aquiliae dandam actionem».

Questo largo uso dei giureconsulti non escluderebbe che «ad exemplum» adoperasse anche Triboniano. E interpolato lo ritiene in D. 39. 5. 27 ALBERTARIO, *Bullettino dell' Istituto di Dir. Rom.*, 25, p. 7, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 52, p. 4[8] e sgg., *Filangieri*, 37 (1912), p. 227 sgg., *Rendiconti dell'Istituto Lombardo*, serie II, vol. 45 (1912), p. 472 sgg. Ma vedi contro RABEL, *Mélanges P. F. Girard*, II, p. 398, n. 4.

la possibilità di esperire la vera e propria actio institoria. Ma, poichè Ulpiano nel contesto, a cui appartiene la l. 10 § 5, studiava sulla guida di Papiniano dei casi in cui altre azioni si intentano in luogo dell'a. mandati (vedi il § 4), bisognava pure che ammettesse un'azione e questa non può essere che l'utilis institoria.

È decisivo il fr. 13 pr. D. 14. 3, decisivo in ogni ipotesi, *anche se e comunque si ritenga interpolato.*

> ULPIANUS *l. 28 ad edictum*: « Habebat quis servum merci oleariae praepositum Arelate, eundem et mutuis pecuniis accipiendis: acceperat mutuam pecuniam: putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione: probare non potuit mercis gratia eum accepisse. Licet consumpta est actio nec amplius agere poterit: quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Iulianus utilem ei actionem competere ait ».

Il Beseler [1]) restituisce l'originale così: « consumpta est actio nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus: et ita Iulianus ait ». L'Albertario crede che Ulpiano dovesse dire a un di presso: « consumpta est actio nec eum amplius agere posse Iulianus ait ». Io non mi pronuncio sull'estensione dell'emblema, perchè confesso di non conoscere con certezza la dottrina di Giuliano sulla restitutio nella consumazione processuale [2]), Per l'indagine che dobbiamo fare tutto ciò è indifferente: *quel che importa e prova l'esistenza dell' utilis institoria è di per sè solo il fatto che si sia disputato sul caso di Arles.*

Il mutuante aveva agito contro il servo preposto al commercio dell'olio « proposita actione »; e stiamo attenti al *proposita.* Aveva perduto la lite, perchè non aveva potuto provare che il denaro fosse stato preso per i bisogni dell'azienda commerciale Ora il buon uomo si affannava a voler rimuovere l'ostacolo della consumazione, evidentemente perchè, tolto l'ostacolo, avrebbe avuto un'azione da esercitare. Quale? Forse un'altra volta l'actio institoria con una demonstratio diversa (*cum is a N° N° mutuis pecuniis accipiendis praepositus esset* - in luogo di *tabernae oleariae*)? Ma in tal caso l'errore commesso dal creditore non consisterebbe nell'avere agito

[1]) Op. cit., 2, p. 14 in nota.

[2]) Cfr. D. 11. 1. 18 (Iulianus 4 ad Urseium Ferocem).

« proposita actione », bensì nell' avervi introdotto una demonstratio non conforme alla fattispecie. Poi l'Albertario riconosce che il praepositus mutuis pecuniis accipiendis non era un institor e sostiene anzi che Ulpiano doveva dir ciò espressamente nel testo genuino [1]). Sicchè l' azione, che poteva spettare al mutuante restituito in intiero, non è l' a. institoria. Tuttavia Ulpiano scrive « putans creditor ad merces eum accepisse egit proposita actione »; l' erronea opinione gli ha fatto scegliere l' actio proposita. In antitesi alla quale dobbiamo immaginarci un' azione non proposta nell' albo, vale a dire l' a utilis, in cui si prescindeva dall' esistenza di una taberna e di una merces.

L'A. ha tanto insistito sull' importanza del fr. 13 pr. D. 14. 3 e sulla vigoria che esso conferirebbe alla mia tesi, se non lo si potesse dimostrare interpolato, che la constatazione ora fatta mi dispensa da più lunghi ragionamenti.

Il fr. 13 pr. costringe ad ammettere l' esistenza dell'a. utilis per ciò che dice nella parte ritenuta genuina dall' Albertario.

Cadono pertanto le conclusioni che dall' interpolazione del fr. 13 pr. l'A. traeva in ordine ai testi di Papiniano. Ma già esse zoppicano, anche volendo seguire in tutto il resto l' avviso dell'A. Questi scrive a p. 24 che, se veramente Papiniano avesse concesso l' a. quasi institoria contro il dominus « qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit », come Ulpiano ne richiama l' autorità nei fr. 10 § 5 D 17. 1 e 19 pr. D. 14. 3, così l'avrebbe richiamata nel fr. 13 pr. D. 14. 3 ed avrebbe deciso il punto controverso ben diversamente da come egli, ridotto il frammento allo stato genuino, lo decideva. Ma, se Ulpiano negava la restituzione contro la consumazione, a che pro avrebbe ricordato che Papiniano dava l' a. utilis institoria? La consumazione della lite ne impedirebbe pur sempre la proponibilità.

L' interpolazione dei frammenti papinianei viene così ad essere affermata dall'A. gratuitamente. Non gli giova l' uso del « quasi », non l' emblema del fr. 13 pr ; argomenti intrinseci egli non ne adduce, nè per il fr. 10 § 5 D. 17. 1, di cui abbiamo parlato sopra, nè per il fr. 19 pr. D. 14. 3, dove a Triboniano si pretenderebbe assegnare quasi tutto il passo da « utilis » sino alla fine. Le censure mosse al

[1]) Implicitamente l'avviso di Ulpiano è enunciato nel fr. 5 § 2 D. 14. 3, in cui fra gli esempi di institori ricorda soltanto « si quis *pecuniis faenerandis*... praeposuerit ». Cfr. anche Paul. II. 8. 2.

fr. 13 § 25 D. 14. 1 sono acute, ma non giustificano la conseguenza a cui l'A. vuol pervenire.

Il quesito sottoposto al giureconsulto era se contro il dominus potesse darsi l' a. ex stipulatu: si risponde invece « cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit » Non c' è corrispondenza tra il quesito ed il responso; e l' inciso « si modo » ha, malgrado le mie « sottili osservazioni contrarie », carattere emblematico. Concedendo al cortese collega tutti i suoi postulati, dovremo eliminare « si modo rem vendendam mandavit » [1]) ed « ex empto », che forse è mal collocato ed è la causa dell' incongruenza deplorata dall'A. L'utilis actio ad exemplum institoriae actionis resta, perchè i rilievi del valoroso critico non la toccano.

Di Papiniano è anche il fr. 30 pr. D. 3. 5.

> Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis.

A volerlo ritener genuino, il passo « presenta le più gravi difficoltà »; l'A. lo ritiene interpolato e non ha difficoltà a convertire la soluzione del testo in quest' altra:

> si pecunia non sit in rem eius versa, non dabitur in eum negotiorum gestorum actio.

A me invece non sembra facile supporre che, se i compilatori avessero letto questa affermazione nel testo papinianeo, sarebbero andati a pensare all' a quasi institoria, e non mi riesce di credere che, per insegnarci che senza utile gestione non compete l'a. negotiorum gestorum contraria, Papiniano contro il suo costume si diffondesse in tante inutili particolarità: il mandato, il « litteras sequi » hanno importanza per accordare l' a. utilis institoria o almeno per indagare se essa competa, ma per decidere sull' esistenza dell' a. ne-

[1]) Che anche il MITTEIS, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 33, p. 185. n. 2 ritiene verosimilmente interpolato. Cfr. tuttavia BERGER, *Krit. V. I. I. Schr.*, 1912, p. 432, col quale concordo pienamente.

gotiorum gestorum quelle circostanze sono irrilevanti. La ricostruzione del testo originario proposta dall'A. non è dunque tale che possa soddisfare. Che alterazioni vi siano nel nostro frammento io ho già sostenuto e penso che la critica abbia ancora strali pel suo arco. « Mandavit » è privo di soggetto; eppure i pronomi « eius, in eum », che debbono riferirsi a questo soggetto sottinteso e non a « liberto vel amico », mal tollerano l' elissi. « Vel amico » si direbbe che fosse insiticio: Papiniano dà il suo parere su un caso concreto, in cui è il liberto incaricato di prendere denaro a mutuo, e se avesse voluto enumerare le varie persone, a cui è possibile conferire tale mandato, non solo il liberto e l'amico, ma il procuratore ed altri avrebbe dovuto ricordare. I Giustiniani hanno aggiunto « vel amico », forse per evitare che si attribuisse qualche influenza sulla decisione alla qualità di liberto del mandatario. Io ho reputato intruso anche « creditori vel »; ma, benchè l'Albertario opini che la forma di esprimersi « creditori *vel* fideiussori » non possa essere di chi prima scrisse « creditor contraxit *et* fideiussor intervenit », tuttavia egli giudica arbitraria la mia conclusione. Ma questa è appoggiata da rilievi formali, che lo stesso A. sottolinea, e da motivi sostanziali, che egli non avrebbe dovuto trascurare. Nella ricostruzione dell' Albertario anche « fideiussori » è scomparso, ma siamo costretti a sottintenderlo, perchè l'a. negotiorum gestorum contro il mandante del liberto può spettare solo al fideiussore; il sovventore del denaro, che è chiamato *creditor* e di cui si dice che *contraxit*, ha evidentemente concluso un mutuo col liberto e non può avere che l'azione del mutuo. Il testo genuino doveva dunque accordare (o negare, se così piace all'A.) l'a. negotiorum gestorum al fideiussore; ma non poteva nè concederla nè rifiutarla al creditore. Con ciò non è detto ancora che Papiniano sentisse il bisogno di aggiungere il dativo « fideiussori »: egli trattava della negotiorum gestio, e nella specie gestore di negozi non era altri che il fideiussore. Nella mente di Papiniano non poteva nascere il dubbio di non essere stato abbastanza chiaro; ma questo dubbio ha potuto turbare i compilatori, i quali hanno stimato opportuno di aggiungere « creditori vel fideiussori ». Una volta fatta questa inserzione, « ad exemplum institoriae actionis » si trovava ad essere staccato da « actio »: gli stessi compilatori hanno pensato di ripristinare il contatto con « scilicet ». Per persuadere il

lettore che l'emblema di « scilicet » non è da me affermato gratuitamente, io non ho che da rinviare alle critiche giustissime mosse dall'A. alla forma « actio negotiorum gestorum, scilicet ad exemplum institoriae actionis ». Così non poteva scrivere il giureconsulto, conclude l'A., se voleva alludere all'utilis institoria; ed io accetto questa conclusione. Ma, poichè, fallita l'esegesi dell'Albertario per gli altri testi papinianei, l'esistenza dell'utilis institoria è ormai incontrastabile e lo stesso fr. 30 svolge la narrazione della fattispecie in modo da far ritenere che il giureconsulto si occupasse di quell'azione, io profitto delle osservazioni dell'Albertario e delle mie per ricostruire la chiusa del testo papinianeo come segue:

> etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio ad exemplum institoriae actionis.

Per dimostrare l'interpolazione del fr. 16 D. 14. 3 (Paulus 29 ad ed.) l'A. ha addotto alcuni argomenti pregevolissimi ed altri che lo sono assai meno.

> Si cum vilico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praeponitur. Si tamen vilicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere.

Prima il discorso è impersonale « si contractum sit - in dominum »; poi diventa personale « si praepositum habuero - in me ». E prima il giureconsulto usa « praeponitur *propter* », poi userebbe « praeponitur » *con la forma gerundiva*; prima dice *fructus*, poi direbbe *merces*. Il « salto di forma » c'è; che ci sia il « salto di logica » è un po' dubbio, perchè, se il vilicus ordinariamente è preposto alla raccolta dei frutti, non è impossibile che talora sia *anche* preposto alla vendita dei frutti da lui raccolti. Nelle *Sententiae* Paolo (II. 8. 2) scrive:

> Si quis pecuniae fenerandae agroque colendo, condendis vendendisque frugibus praepositus est, ex eo nomine quod cum illo contractum est in solidum fundi dominus obligatur: nec interest, servus an liber sit.

Tra la prima parte del fr. 16 e « agroque colendo » del passo delle Sententiae c'è aperta contraddizione, perchè il preposto alla coltura del campo (e tale è il vilicus) in un luogo è trattato come institor e nell'altro no Poi il *que* di « agroque colendo » è strano: l'industria bancaria (pecuniae fenerandae) e l'agricola non sogliono cumularsi nella stessa persona [1]). Io dubiterei pertanto che le parole « agroque colendo » siano genuine [2]). Ma nulla si può obbiettare contro le altre parole « condendis [3]) vendendisque frugibus », che designano il *mercante di campagna* dell'antica Roma. Il preposto a questo genere di commercio è institor, e contro il dominus compete l'a. institoria. Se Paolo si è occupato di questo caso nel fr. 16 D. 14. 3, deve aver accordato l'a. institoria e non l'a. exemplo institoriae. È notevole a questo proposito che « exemplo institoriae » sia unico; tutti i frammenti di Papiniano hanno « ad exemplum ».

« Ad exemplum » ha anche il rescritto diocleziano di C. 4. 25. 5; nè per credere interpolata una costituzione della fine del 3° secolo può bastare il rilievo formale circa l'espressione « ad exemplum institoriae convenire », quando più non è lecito dire con l'A. che l'emblema si possa ritenere già dimostrato [4]). Quanto a C. 4. 25. 6 io non ho alcun interesse a salvarlo dal naufragio: mi pare che in quel caso competesse l'a. quod iussu e posso ammettere che « ad instar actionis institoriae » sia stato aggiunto per equivoco dai compilatori.

L'A. ha stimato di poter fondare la sua tesi anche sul fr. 5 § 10

[1]) Cfr. D. 14. 3. 5 § 2 (Ulp. 28 ad ed.) « Labeo quoque scripsit, si quis pecuniis faenerandis, agris colendis mercaturis redempturisque faciendis praeposuerit, in solidum eum teneri ».

[2]) Il Huschke ad h. l. emenda « agrove »; ma è più probabile che « agro colendo » sia da riunire con la frase seguente « condendis ... frugibus » (cfr. D. 14. 3. 5 § 2). Gli editori propongono altresì di cancellare « fundi »; ma sorge il dubbio che le parole da espungere siano « pecuniae fenerandae », nel qual caso « fundi dominus » avrebbe diritto di restare.

[3]) Il Cuiacio leggeva « coemendis »: cfr. D 14. 3. 5 § 1 « ... si quid cum insulario gestum sit vel eo, quem quis aedificio praeposuit vel frumento coemendo rell. ». Ma chi compera granaglie per rivenderle esercita un commercio ben diverso da quello del proprietario che immagazzina e vende le derrate dei suoi fondi.

[4]) Non ho rilevato l'interpolazione di « competentem iudicem », perchè è dubbia e perchè non importava ai fini della mia ricerca; ma con ciò non ho inteso di mettere la mano sul fuoco per la sua genuinità, come potrebbe credere chi leggesse Segrè, *Mélanges P. F. Girard*, II, p. 516, n. 2.

D. 14. 3 (Ulp. 28 ad ed.), il cui tenore permetterebbe di scorgere l'alterazione nei frammenti sopra citati, perchè « nella compilazione esso rappresenta ancora l'eco della dottrina classica, la quale riconosceva come una antitesi fra procurator e institor ».

> Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset, ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cuius profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus: sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.

Purtroppo il passo, che dovrebbe servire da pietra di paragone, non solo è difficile a combinare dogmaticamente con gli altri testi, ma presenta varî difetti di redazione e di contenuto. Il fullo, prima di mettersi in viaggio, aveva consegnato la taberna instructa ai suoi apprendisti: ma, se egli avesse lasciato un procurator o addirittura un institor, la consegna della bottega sarebbe stata fatta certamente a costui. « Imperaret » è senza soggetto: il Puchta corregge « imperarem » [1]), e il Mommsen « imperarent ». Ma è senza soggetto anche « si quasi procurator fuit relictus », e questa proposizione impedisce di accettare le emendazioni proposte. Ciò che è detto nella chiusa « plane si adfirmaverit rell. » prescinde dalla persona e dalla qualità del *relictus*: l'autorizzazione a « credere operariis suis » è data dal fullo ed ha per effetto che la locatio operis si intenda conclusa col fullo medesimo, sicchè gli operarii funzionano come semplici strumenti. « Non institoria, sed ex locato tenebitur » pone un'antitesi, per cui si penserebbe che nel caso prima deciso spettasse sempre l'institoria. Ed il dubbio diviene certezza, leggendo Paolo II. 8. 3:

> Quod cum discipulis eorum, qui officinis tabernis praesunt, contractum est, in magistros vel institores tabernae in solidum actio datur.

Che il fullo durante la sua assenza affidi o no ad altri la vigilanza sui discipuli e qualunque veste abbia l'incaricato della disciplina e della direzione, il principale risponde dei contratti conclusi dai

[1]) Cfr. anche Bas. 18. 1. 5 § 10.

terzi coi suoi apprendisti. Forse si obbietterà che ai tempi di Labeone - di cui Ulpiano riproduce il responso (vedi i paragrafi precedenti e l'infinito «teneri») - poteva valere un principio diverso da quello che accolgono le *Sententiae* di Paolo. Ebbene, se anche ciò fosse, non sarebbe mai la qualità del «relictus» che legittimerebbe il rifiuto dell'a. institoria, ma la figura giuridica che si dà ai discipuli; perchè anche il procuratore può preporre un institore e «si procurator meus institorem praeposuerit, dicendum erit veluti a me praeposito dandam institoriam actionem» (D. 14. 1. 5 § 18). Poco importerebbe pertanto che «quasi procurator fuit relictus» il mandatario del fullo, se poi egli del discipulus infedele avesse fatto un institore. Il nesso coi paragrafi vicini finisce di dimostrare l'emblema: nei §§ 8 e 9 il padrone è chiamato a rispondere con l'a. institoria di azioni delittuose commesse dal servo ed anche nel § 10 «sed *et* rell.» dovremmo attenderci un nuovo esempio dello stesso fenomeno, cioè dell'a. institoria accordata come mezzo per rendere responsabile il principale della colpa altrui. Invece «non teneri» delude bruscamente questa nostra aspettativa [1]). La distinzione «fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus; sin vero quasi institor, teneri eum» non è dunque genuina [2]).

Il nuovo studio dei testi, a cui ci ha obbligati l'opposizione dell'Albertario e al quale il giovane romanista ha contribuito con alcune sagaci osservazioni, restituisce a Papiniano il vanto dell'originalità, che io avevo creduto di dovergli negare. Labeone non entra più in

[1]) Sul fr. 5 § 10 evvi una ricca letteratura, dalla quale l'Albertario avrebbe potuto apprendere le difficoltà che la sua interpretazione non risolve. Lo SCHLOSSMANN, *Archiv f. d. civ. Pr.*, 63, p 208 sgg. dopo una fine critica dell'opinione dominante, che a «procurator» attribuisce il significato eccezionale, non preciso e non tecnico, di incaricato della sorveglianza sul personale e sull'andamento interno della bottega, sperava di aver trovato la chiave dell'enigma: ed il suo sforzo tendeva, come è naturale, a metter d'accordo la decisione del testo col diritto dell'epoca di Ulpiano, che riconosceva l'a. utilis institoria.

[2]) Un altro argomento, che me la fa ritenere spuria, è il significato di «imperaret». Meno frequente, se dovesse esprimere il potere del procurator o dell'institor sui discipuli, che non è di diritto pubblico, trovasi anche altrove adoperato per indicare gli ordini dei clienti all'artigiano o al professionista. Io penso a quel curioso testo di Alfeno Varo (6 digest. - D. 38. 1. 26 pr.) in cui si narra di un medico, che, per impedire ai suoi liberti di fargli concorrenza, li obbligava ad accompagnarlo nelle sue visite «quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum».

campo, poichè il fr. 5 § 8 D. 14. 3 è interpolato; ma nemmeno di Giuliano si può affermare che conoscesse l'utilis institoria. Ulpiano nel fr. 13 pr. D. 14. 3 citava l'avviso di Giuliano sull'ammissibilità della restitutio in integrum per poter intentare un'azione adiettizia dopo l'altra; ma non è pel caso di Arles che Giuliano enunciava la sua teoria sulla rescindibilità della consumazione, perchè quel caso deve essere avvenuto al tempo di Ulpiano, quando cioè Papiniano avea già fatto prevalere la dottrina dell'utilis institoria

Num. 10. — Sulla l. 13 § 25 D 19. 1 cfr. anche *Errore e Rappresentanza* cit., p. 247, n. 2.

Num. 13. — Altre osservazioni critiche alla l. 68 D. 3. 3 sono state da me espresse in *Errore e Rappresentanza* cit., p 246, n. 3. L'emblema « mandato non refragante », segnalato anche dal Beseler, op cit., 2, p. 4, è contrastato dal Mitteis, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 33, p. 185 sgg. Ma i suoi argomenti: - 1) *refragari* è una locuzione papinianea; 2) « mandato non refragante » determina quello fra più procuratori che ha la facoltà di novare le pretese appartenenti al principale - diretti contro il Beseler, non toccano le ragioni da me allegate per l'interpolazione. Del resto, pensando alle novazioni, il Mitteis restringe il significato del passo, forse indottovi da « ex re domini », che il confronto dei Basilici rivela aver preso il posto di « in re domini ». Le interpolazioni « mandato non refragante » nella l. 68 D. 3. 3 e « ex iussu nostro » in Paul. 5. 8 (quest'ultima acutamente rilevata dal Mitteis) dipendono dallo stesso fatto, la decadenza del procuratore romano, illustrato dal Bonfante (*Studi per Schupfer*, I).

Num. 14. — A proposito della frase emblematica « ut aut stetur emptioni rell. » cfr. per analogia l'interpolato « ut pactioni stetur » nella l. 7 § 2 D. 20. 5 (su cui Fehr, *Beiträge z. L. v. r. Pfandrecht*, p. 100 sgg.).

L'interpolazione da me ritenuta nella l. 2 pr. - § 1 D. 18. 2 è ammessa anche dal Beseler, op. cit., 1, p. 85.

Num 16. — Nella c. 15 C. 5. 37 il Riccobono, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 33, p. 300 sgg., ritiene che « subscripsisti quasi » sia stato sostituito a « promisisti ut ». Ma è poco probabile che l'alterazione si limiti a quelle sole parole.

PARTE III [1])

Num 1. — Sulle ll. 1 § 2 D. 2. 3 e 3 § 1 D. 2. 2 vedi anche *La minore età*, pp. 208 e 207

Num. 3. — L'interpolazione, da me ritenuta nella l. 46 D. 44. 7, è negata dal FEHR, *Z. d. Sav. St. f. Rg.*, 33, p. 580, n. 1, il quale per altro non si accorge che, ammettendo l'actio communi dividundo contro il pupillo perchè comproprietario, la si deve concedere anche contro il furioso: in ambo i casi o in nessuno « ex re actio venit ». E allora perchè Paolo prevede soltanto il danno dato dal pupillo?

Ai testi citati sulla responsabilità per delitti degli impuberi conviene aggiungere la l. 14 pr. D. 26. 1 (Ulp 37 ad Sab.) « si adrogati sunt adhuc impuberes vel deportati sint pupilli, tutores habere desinunt », certamente interpolata, perchè il pupillo non può essere colpito dalla pena della deportazione Nota pure lo scambio dei modi « sunt-sint ». Per le interpolazioni della l. 4 § 26 D. 44. 4 cfr. BESELER, op. cit., 2, p. 31 e *La minore età*, p. 79.

Sulle ll. 25 § 1 D. 9. 2, 61 D. 26. 7 e 3 § 2 D. 14. 4 vedi *La minore età*, pp. 209, 64, 41.

Più largamente interpolate ritiene l'ALBERTARIO, *Rendiconti del R. Ist. Lomb. di Scienze e lettere*, Serie II, vol. 46, p. 340 sgg. le ll. 3 §§ 1 e 2 D. 14. 4 e 21 § 1 D. 15. 1; ma non mi ha convinto. Nel fr. 21 § 1 sarebbero interpolati l' esemplificazione « vel curatoris furiosi vel procuratoris - vel furiosus vel dominus » ed il successivo inciso « idem et in curatore erit dicendum », perchè fra l'una e l'altra interpolazione si legge « ut puto, si solvendo *tutor* sit ». Io ho già fatto osservare che la soluzione è cercata prima e separatamente per il tutore, perchè di esso soltanto si occupava Pomponio « et puto ... et ita Pomponius scribit ». Aggiungasi che, se la menzione del curatore fosse stata inserita nel testo dai compilatori, essi non avrebbero parlato specificatamente del curator furiosi ma del curatore in genere. Nè si obbietti che in fine è poi scritto « in curatore », perchè

[1]) Sopra per errore è stampato « Capo III ».

o l'elissi può essere giustificata col contesto, donde resulta la specie del curatore, ovvero bisogna pensare che Triboniano abbia soppresso « furiosi ». Per la frase « dolum ... lucrosum » del fr. 3 § 1, che pare sospetta all'Albertario, cfr. D. 4. 3. 1 pr.; 42. 8. 6 § 10.

Num. 4. — Sulla l. 5 §§ 10 e 12 D. 43. 24 vedi *La minore età*, p. 215.

Per le interpolazioni della l. 4 § 18 D. 44. 4 cfr. SCHULZ, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rg.*, 33, p. 70 sgg. Ne è corroborato l'emblema della l. 5 pr. D 14. 4, sebbene questo non sia avvertito dallo SCHULZ [1]).

Num. 10 — Nella l. 4 § 23 D. 44. 4 lo SCHULZ, op. cit., p. 48, n. 2, ritiene sospetta la proposizione « unde enim divinat is qui cum tutore contrahit? ».

Lo stesso SCHULZ, op. cit., p 67 sgg. dimostra alcune interpolazioni della l. 11 D. 44. 4 (anche da me sospettata in *Rivista italiana* cit., 50, p. 234. n. 1). Ma forse il passo ha bisogno di qualc'altro ritocco: « *in iudicium* obicienda sit (exceptio) » è corrotto?

Nella l. 12 § 1 D. 26. 7 « legitime » è interpolato. Paolo 38 ad ed. sembra che non conoscesse l'Oratio Severi: cfr. FITTING, *Alter u. Folge d. Schriften röm. Iuristen* [2], p. 83 sgg.

Sulla l. 3 pr. D. 26. 7 cfr. *La minore età*, p. 52.

Num. 11. — Sulla l. 10 § 5 D. 42. 8 vedi *La minore età*, p. 77.

Num. 12. — Sulla l. 10 § 11 D. 42. 8 vedi *La minore età*, p. 78.

Num. 13. — Sulla l. 5 § 20 D. 36. 4 vedi *La minore età*, p. 230.

Secondo l'ALIBRANDI, *Bull. dell'Ist. di Dir. Rom.*, 24, p. 176 nella l. 127 D. 45. 1 Scevola avrebbe scritto *sponsorem* e *sponsor* dove ora si legge « fideiussorem » e « fideiussor » ed *obligatio* dove i compilatori hanno sostituito « petitio ».

[1]) Riguardo all'appunto fattomi dallo SCHULZ, ivi, p. 39, si dovrà notare che nel mio articolo cit. *Errore e rappresentanza* io ho inteso di richiamare l'attenzione sugli emblemi di alcuni passi nei quali, a mio avviso, si manifesta il concetto della rappresentanza diretta e non di esaurire il tema: *Scientia, Dolus u. Error bei d. Stellvertretung nach kl. r. R.*, che forma oggetto delle acute ricerche dello Schulz.

***

La Parte I e la Parte II Capo I (pubblicate nel Bull. XXII-1910) sono state oggetto di una recensione del DEBRAY, *Nouv. Rev. hist. de droit*, 35, p. 98 sgg., il quale ha difeso la classicità delle azioni utili. Ora che io ho compiuto la dimostrazione del mio assunto sarà facile a chiunque persuadersi che la critica era per lo meno prematura e che il recensente sarebbe assai imbarazzato, se dovesse negare l'interpolazione anche di tutti i testi studiati nella Parte II Capo II e nella Parte III.

Prescindendo pure da ciò, seguiamo il Debray nei suoi ragionamenti. Egli sostiene che in D. 26. 7. 1 § 2 « nec cogendi sunt tutores cavere » sia genuino, perchè altrimenti non si comprenderebbe più l'espressione « sufficit tutoribus rell. ». Solo se conserviamo la frase dal Wenger e da me attribuita a Triboniano, il senso è chiaro: vi ha *defensio plena*, difesa sufficiente, con l'interposizione dell'auctoritas o col « suscipere litem » del tutore; la difesa è sufficiente, ed il tutore non ha bisogno di fornire una cautio.

Il senso è altrettanto chiaro con la nostra ipotesi, anzi è solo questa che conferisce un significato pieno ed esatto all'espressione « sufficit tutoribus ad plenam defensionem ». La sufficienza della difesa è riguardata dal giureconsulto non tanto nel rispetto processuale di fronte all'altra parte ed al magistrato, quanto in rapporto al pupillo verso cui il tutore è tenuto alla *plena defensio*. « Sufficit tutoribus », i tutori osservano il loro dovere sia che prestino l'auctoritas sia che assumano essi il giudizio: non occorre dunque escludere la necessità della cautio in quest'ultimo caso, perchè resti vero che « sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus ». Nè si può accettare l'interpretazione del Debray, che Ulpiano abbia voluto dire: i tutori non sono costretti a *cavere*, perchè, usando del loro diritto di scelta, possono limitarsi a dare l'auctoritas senza essere parti nel processo. Il frammento non dice solo « nec cogendi sunt tutores cavere », ma aggiunge « ut defensores solent ». *Defensor* è chi assume il processo in luogo di un altro; quando il tutore interpone l'auctoritas, non è *defensor* e sarebbe ingenuo proclamare che in tal caso egli non deve la cautio. L'antitesi fra i tutori, che non sono costretti a « cavere », e i *defen-*

sores che lo sono, è seria, a patto che i tutori, quando « nec cogendi sunt cavere », siano anch' essi *defensores*.

Di D. 26. 7. 2 pr. il Debray si libera, negando l' interpolazione di « et maxime »; e per riuscire pienamente nell'impresa si sforza di difendere anche la genuinità di « semper », tanto compromessa dalla sua stessa collocazione.

Il « semper » non deve riferirsi alla questione se il tutore *se liti optulit* o *non optulit*; il pupillo è sempre convenuto dai creditori ereditarii che hanno fatto condannare il tutore, perchè, essendo egli erede necessario, non può cader dubbìo sulla sua legittimazione passiva. Ma, se non è in questione la competenza dell' actio iudicati e si ritiene che essa spetti contro il pupillo comunque il tutore abbia gerito la lite, cessa ogni possibilità di disputa e non si capirebbe perchè Antonino ed altri imperatori abbiano consumato molti rescritti per dichiarare che il pupillo non può sottrarsi alle azioni dei creditori ereditarii, se non si astiene. Poi, anche accettando la spiegazione del Debray, non è una bella scrittura « ... multis rescriptis declaratum est in pupillum dandam actionem iudicati semper, tutore condemnato, nisi abstineatur ». Lo stile sarebbe migliore ed il significato non muterebbe, anche se si dicesse « ... in pupillum semper dandam a. i. tutore condemnato rell. ».

Nel fr. 4 § 1 D. 42. 1 Ulpiano, secondo il D., sosterrebbe questa tesi: che i tutori non si offrono mai alla lite, nemmeno se il pupillo è presente e non infans, perchè le circostanze possono essere tali da obbligarli a condurre essi medesimi il processo. Il D. ha trascurato di spiegare queste misteriose circostanze, per cui il tutore sarebbe impedito con un pupillo presente e non infans di limitarsi ad interporre l' auctoritas Noi non ne conosciamo alcuna e però insistiamo nell'affermare che, se il pupillo fu presente e non infans, il tutore, che ha condotto da sè il processo, « liti se optulit ». D. 42. 1. 4 § 1, che nega in modo assoluto il *liti se optulisse* per tutori e curatori, è interpolato; quantunque possa aver ragione il D. di pensare che « non debeant videri » sia un' espressione classicamente corretta.

Per D. 26. 7. 2 § 1 il tentativo di attribuire la soluzione del primo caso a Marcello e quella del secondo ad Ulpiano è disperato, poichè entrambe le proposizioni infinitive dipendono da « Marcellus scribit ». Il giureconsulto, suppone infine il D., avrebbe tenuti distinti i due

casi, pure risolvendoli ad un modo, perchè i motivi di decidere sono diversi. Se non che allora il peso del testo consisterebbe nella differenza dei motivi, che portano ad una soluzione identica; e Marcello avrebbe dovuto dichiararli espressamente. Ma, se egli ne avesse parlato, nè Ulpiano nè i compilatori avrebbero avuto ragione di sopprimerli.

Anche più grave è l'obbiezione che il D. muove ai testi, dai quali, a mio avviso, resulterebbe il trasferimento dell'a. iudicati contro il pupillo senza alcuna distinzione. Non solo essi non sarebbero interpolati, ma non appoggerebbero affatto l'opinione da me combattuta, ed io li avrei citati per puro equivoco.

In D. 26. 9. 5 pr. il D. vuol sostenere la genuinità di « post depositum officium », supponendo che queste parole indichino una circostanza. per quanto irrilevante, della fattispecie proposta a Papiniano. Ma, se anche la tesi del D. fosse ammessibile, per il fine della nostra ricerca non avremmo guadagnato nulla, giacchè le parole contrarie al diritto classico sono « non magis quam in tutores », le quali riconoscono il trasferimento senza eccezione dell'actio iudicati. Del resto io non capisco la censura del D., poichè qui l'emblema resulta dal confronto del Codice berlinese: lo scetticismo è assolutamente ingiustificato ed anzi la certezza dell'interpolazione in un testo deve rendere sospetti anche gli altri.

Che la l. 15 D. 2. 11 con le parole « nam et ipsius rei quae petebatur, si tutor iudicatus fuerit et eorum quid acciderit, non esse dandam in eum actionem iudicati probatum est » neghi in ogni caso l'a. iudicati contro il tutore, è evidente. Il D. risponde (è da vedere con quanta efficacia) ad una delle critiche da me rivolte alla frase surriferita. Ma non risponde all'altra critica, che l'argomento attribuito a Papiniano sarebbe sbagliato, perchè l'a. iudicati si nega contro il tutore, in quanto la si dà contro il pupillo, e l'a. ex stipulatu vien meno, in quanto non è più possibile una violazione del vadimonium. Sta bene che non si possa domandare al giureconsulto più di quello che egli vuol dire; ma da Papiniano si può esigere che non si valga di una norma, sia pure esteriormente simile, per giustificare la norma reclamata da una situazione intrinsecamente diversa. Per la forma si noti « *ipsius* (grecismo?) *rei* quae petebatur ... tutor *iudicatus fuerit* ».

Men che sufficiente è la difesa tentata dal D. della chiusa di C. 5. 75. 1. Un litigante che, avendo a sua disposizione l'a. mandata e l'a. utilis, chiedesse all'imperatore se può dare la preferenza all'a. mandata, non sarebbe tanto scrupoloso quanto ignorante. Ma la verità è che colui, il quale si è fatto cedere l'azione, non ha bisogno dell'a. utilis, alla quale si ricorre in mancanza della cessione.

Per eliminare la l. 9 pr. D. 26. 7 il D. è costretto a mutarne il significato. Giuliano ed Ulpiano con lui avrebbero deciso che si accordasse l'a. utilis al pupillo nel caso in cui il tutore non avesse stipulato validamente, cioè avesse stipulato *alieno nomine* anzichè *suo nomine*. Ma il testo non dice nulla di simile: esso dichiara che, quando il pupillo è infante e non ha un servo, deve stipulare il tutore ed aggiunge che, anche quando il pupillo è assente, occorre stipuli il tutore *suo nomine*. Ad una stipulazione nulla, perchè fatta in favore del pupillo, non si accenna menomamente In D. 13. 5. 5 § 9 io stesso ho rilevato che l'a. utilis è accordata, malgrado la conclusione dell'atto in nome del pupillo; ma ho anche cercato di dimostrare che, se questa difficoltà era superabile, Ulpiano non poteva dare l'azione al pupillo senza contraddire alla l. 9 pr. cit.

Poichè di D. 15. 1. 52; 26. 9. 2; 12. 1. 26; C. 5. 39. 2, 4 e 5 il Debray si limita a ritenere la genuinità, senza confutare le ragioni da me portate in contrario, è forza concludere che egli non è riuscito a dimostrare che il diritto classico accordava indistintamente le azioni utili al pupillo, sia che fosse infante o assente, sia che non lo fosse.

SIRO SOLAZZI.

STUDII FORMULARI

I. DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET

La formula, o le formule, proposte dal pretore sotto questa rubrica sono oggetto di vivissima discussione fra gli studiosi. Ma la divergenza di opinioni deriva qui, più che da incertezze di tecnica formulare, dalla grave difficoltà che offre la collocazione nel sistema romanistico del rimedio dato ad evitare la plus petitio loco. Sarà quindi anzitutto necessario determinare precisamente il punto di partenza del diritto classico.

1. La opinione che oggi domina, e che è rappresentata principalmente dal Lenel, assume la creazione da parte del pretore di una azione, denominata actio arbitraria e diretta a sostituire la condictio certae creditae pecuniae e la c. certae rei ogni volta che la determinazione di un locus solutionis possa suscitare per l'attore il pericolo della plus petitio. L'azione sarebbe stata promessa da un editto, e avrebbe in vario senso modificata la condictio: nella intentio, aggiungendo la menzione del locus solutionis (« si paret N^m N^m A^o A^o Ephesi C dare oportere »); nella condemnatio, introducendovi l'ordine di tener conto dell'interesse del debitore o del creditore a pagare o ad essere pagato nell'uno piuttosto che nell'altro luogo [1]).

[1]) Tali almeno gli ultimi risultati del LENEL, *Ed.*², 234 sgg. Alquanto diverse erano, come si avrà occasione di vedere, le conclusioni del LENEL nei *Beiträge zur Kunde des prät. Ed.* (1878), 55 sgg.; ma sempre vi era posto in linea di principio lo stretto rapporto fra azione arbitraria e condictio, base di tutte le ricerche moderne. Nello stesso ordine d'idee indicato nel testo si muovono anche, salve le molteplici differenze di dettaglio, anche NABER (*Mnemosyne*, XXX, 319 sgg.) e GRADENWITZ (*Ztschr. Sav.-St.*, XXIV, 238 sgg.). La dottrina della formula in factum, sostenuta ancora dal COHN (*Die s. g. actio de eo quod c. l.*, 1877), è ormai abbandonata.

Questi concetti fondamentali sono in gran parte accolti anche nella più recente e dotta opera su l'argomento, quella del nostro Biondi[1]; il quale tuttavia assume che il diritto classico – e, corrispondentemente, la formula dell'a. arbitraria –, fondandosi esclusivamente sul principio della plus petitio loco, tenesse conto del solo interesse del debitore a pagare, non anche dell'interesse del creditore a esser pagato nel luogo stabilito; e che la considerazione dell'interesse del creditore sia stata la prima volta introdotta dai compilatori giustinianei.

Il Beseler[2] ha invece sostenuto e tentato dimostrare che solo a sostituzione della c. certae creditae pecuniae il pretore abbia posta una speciale azione, indicata dai classici col nome di arbitraria; e che in tema di c. certae rei il risultato voluto sia stato ottenuto mediante una semplice loci in intentione adiectio, rimanendo immutato il nome dell'azione. Sotto la rubrica « de eo quod certo loco d. o. » si sarebbero dunque trovate, insieme e successivamente a un'apposita clausola edittale, due formule, quella dell'a. arbitraria e quella della c. certae rei modificata.

Nessuna di queste opinioni, a mio avviso, risponde esattamente al vero; ma alla ricostruzione della dottrina classica e della formula i più recenti scritti hanno validissimamente contribuito, ponendo in luce quasi tutti i problemi e le contraddizioni che i testi presentano. Sicchè è reso ora assai facile il nuovo esame delle fonti che io mi propongo.

2. A base della dottrina del Beseler stanno i due testi seguenti:

> D. 12, 1, 22 (Iul. 4 *ex Min.*): Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est: quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. Sabinus respondit, si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si dictum non esset, quanti [tunc fuisset (esset *dett.*)] cum petitum esset. interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat. respondit, *si convenisset, ut*

[1]) *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria.* Palermo, 1911 (cfr. già *Bull. ist. dir. rom.*, XXI, 230 sgg.).

[2]) *Das Edictum de eo quod certo loco.* Leipzig, 1907; cfr. ora *Beiträge zur Kritik der röm. R.squellen*, II (1911), 169. D'accordo H. Krueger, *Ztschr. Sav.-St.*, XXIX, 496.

certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

D. 13, 3, 4 (Gai. 9 *ed. prov.*): Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum oleum frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit: si de die nihil convenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur. *idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci, quo dari debuit, si de loco nihil convenit, is locus spectetur, quo peteretur.*

I due testi si riferiscono entrambi alla c. certae rei, e, ricercando come vi si attui la condanna al quanti ea res erit, considerano il caso di una convenzione relativa al locus solutionis: ciò importerebbe che la esistenza di una tal convenzione, pur modificando in qualche piccola parte i termini della formula, ne lasciasse intatta la condemnatio, e non determinasse un cambiamento nella denominazione dell'azione. Il dubbio del Karlowa [1]), che Giuliano e Gaio contraddicano qui a tutto il titolo D. 13, 4, è tanto più giustificato in quanto i due frammenti sono entrambi collocati fuori della sedes materiae, ciò che accresce il loro valore per la ricerca storico-esegetica.

A rimuovere il dubbio, si è tentato di ricorrere alla distinzione fra il caso, in cui la determinazione del luogo appartenga al contenuto essenziale della obbligazione, e il caso in cui la si sia fatta oggetto di convenzione accessoria: uno dei più consueti ripieghi della vecchia esegesi, tanto più cari quanto meno compromettenti. Tant'è che, nel caso nostro, il ripiego è stato usato in due sensi affatto opposti: dal Lenel [2]), per sostenere che l'a. arbitraria trovi luogo dove il locus solutionis sia elemento essenziale, non quando il locus sia fissato da convenzione accessoria; dal Karlowa, per sostenere che la determinazione di un luogo come elemento essenziale della prestazione legittimi a intentare la condictio pura e semplice, e che soltanto quando il locus sia fissato da convenzione accessoria sia necessario il ricorso all'a. arbitraria. Entrambi i ripieghi sono disperati e inaccettabili: quello del Karlowa, perchè nega il principio della plus petitio e con esso la utilità dei temperamenti apportati dal pretore, la relazione

[1]) *Röm. RG.*, II, 1366.

[2]) *Ed.*², 235, n. 1. Nello stesso senso cfr. Biondi, op. cit., 21.

delle Istituzioni gaiane, tutte le più sicure attestazioni contenute in D. 13, 4; quello del Lenel, perchè in contrasto stridente con le espressioni usate nei testi riferiti, e in ispecie con le parole di Gaio: « ut primum aestimatio sumatur *eius loci, quo dari debuit* ». È vero che entrambi i giuristi parlano di *convenire*; ma almeno il discorso di Giuliano si riferisce esplicitamente al mutuo, e tutto l'andamento del periodo sta a dimostrare ch' egli pensava non ad una convenzione posteriore e separata, ma a quella normale, precedente o concomitante alla numeratio [1]). Una interpretazione diversa condurrebbe, d'altronde, a ritenere l' esistenza di un pactum; il quale dovrebbe in ogni caso farsi valere, di fronte a una intentio pura e di stretto diritto, mediante eccezione.

I testi di Gaio e di Giuliano contengono dunque una dichiarazione precisa: che cioè la condemnatio della c. certae rei non è mutata dalla determinazione di un locus solutionis, e che alla condictio non si sostituisce un' altra azione, quale potrebbe essere quella indicata col nome di arbitraria. E non possiamo certo supporre che l' a. arbitraria, menzionata a questo punto dai classici, sia stata soppressa dai compilatori giustinianei: in qualunque limite si voglia contenere l'opera loro, non può dubitarsi – e meglio lo vedremo in seguito – che i giustinianei abbiano piuttosto procurato di ricordarne il nome là dove i classici lo tacevano. Piuttosto è possibile che sia stato soppresso un eventuale accenno dei due giuristi a un mezzo tecnico che non aveva più significato nel processo nuovo, cioè alla loci adiectio in intentione; ma se questo sia avvenuto, o se i giuristi stessi abbiano creduto la cosa troppo nota per aver bisogno di speciale rilievo, noi non sappiamo indagare [2]).

[1]) Così esattamente Beseler, *Beiträge*, II, 169, il quale richiama anche il D. 13, 4, 6: « aut mutua pecunia sic data fuerit, ut certo loco reddatur ».

[2]) Non è impossibile, ad esempio, che Giuliano abbia scritto: «... si convenisset, ut certo loco redderetur, *et locus in intentione adiectus esset*, quanti eo loco esset... ». Ed è anche possibile che i passi a noi conservati contengano solo le parole di Minicio e il riassunto di Gaio su Cassio Longino (per il D. 12, 1, 22 cfr. già Riccobono, *Bull. ist. dir. rom.*, VIII, 232 sg); e che siano stati soppressi dai compilatori i brani successivi, in cui i giuristi commentatori richiamavano l' attenzione sulla necessità della adiectio loci. - La probabile antichità dei due testi contraddice nettamente alla tesi del Cohn (p. 72 sgg., 194 sgg.), che l'a. arbitraria, destinata originariamente a sostituire così la cond. certae creditae pecuniae come la cond. certae rei, si sia successivamente ristretta all'àmbito della

3. Se i due testi esaminati sono buon fondamento alla ipotesi del Beseler, la concezione classica da lui intravvista si impone e si precisa quando si legga in Gai. IV 53 *c* quello che rimane della trattazione su la plus petitio loco, e questo brano si confronti con quello corrispondente delle istituzioni giustinianee, 4. 6. 33 *c*.

Gai. IV 53 *c*:

Loco plus petitur, veluti si quod certo loco dari promissum est, id *alio loco sine commemoratione* eius loci petatur, velut si *quis ita stipulatus fuerit EPHESI* DARE SPONDES ?, d*einde Romae* p*ure intendat DARI SIBI OPORTERE* . . . . . dare mihi oportere. . . . . petere, id est non adiecto loco.

Inst. 4. 6. 33 *c*:

Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus sit, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is, qui ita stipulatus fuerit 'Ephesi dare spondes ?', Romae pure intendat 'dari sibi oportere'. ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur..... si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori.

Il passo gaiano è disgraziatamente mutilo nella parte che potrebbe essere più interessante: tuttavia, se si tenga presente il passo delle Istituzioni imperiali che riferisce intorno allo stesso argomento. si può riuscire a una ricostruzione del pensiero, se non delle parole, del

certa pecunia; contro questa tesi v. già BESELER, p. 28, il quale bene si appoggia a GAI. IV 53 *c*. D'altronde, come vedremo più oltre, se vi è un campo per cui in epoca classica si ammette recisamente la condictio adiecto loco, tale è il campo dei crediti certae pecuniae: il passo di Venuleio (D. 45. 1, 137, 2), che sarà esaminato più oltre, è in questo senso esplicito.

giurista. E in questa ricostruzione non può trovar posto la menzione dell'actio arbitraria: lo mostrano la brevità delle lacune (una trentina di lettere per la prima, un centinaio o poco più per la seconda) e i precisi richiami offerti dalle poche parole superstiti. La prima lacuna è colmata a sufficienza dalle sole indispensabili parole « [sed adiecto loco possum intendere te Ephesi] d. m. o. » : non potrebbe certo contenere *in più* la menzione dell' arbitraria. E nemmeno nei due versi successivi si può ammettere che Gaio indicasse il nuovo nome dell'azione: la lettura del libro IV delle istituzioni mostra che con le parole delle formule Gaio usava, con procedimento didatticamente opportunissimo, chiudere e non aprire la trattazione delle singole azioni di cui si occupava. Piuttosto dobbiamo ritenere che la seconda lacuna contenesse qualche accenno allo scopo e alla direzione dell' intentio adiecto loco; e che successivamente vi si esprimesse il concetto che è riaffermato nel manuale ufficiale, ad vv. « si quis tamen rell. », concludendo: « . . . . . *potest pure*] petere, id est non adiecto loco » [1]).

Molte cose dunque erano taciute da Gaio, di quelle che più solennemente sono messe in luce dai giustinianei. E si può fin d' ora appuntare il rilievo dato alla *utilitas*, che appare tanto spesso in così breve spazio del manuale ufficiale, mentre Gaio non la nomina affatto; e si può anche osservare lo sconcio delle parole finali, di quel praetor che monstrat (parola non mai usata da Gaio) non si sa che cosa nè come, e di quella inutilissima e male espressa spiegazione, « scilicet quia *utilitas solvendi* (?!) salva est promissori ». Ma dal punto di vista che più ora c'interessa il risultato è prezioso: Gaio non nominava un' a. arbitraria sostitutiva della condictio, bensì un *petere* (= *condicere*) *adiecto loco* contrapposto a un *petere non adiecto loco*, cioè una sola azione, la condictio, che può essere modificata o meno da una menzione del locus solutionis. E il dubbio non può non sorgere, che il silenzio di Gaio sul nome dell'arbitraria derivi dal non conoscere egli questo nome: se l'avesse conosciuto, lo avrebbe probabilmente

[1]) Nemmeno la restituzione dello Huschke (*ad h. l.*) riesce ad includere nel passo gaiano il nome dell' a. arbitraria. In ogni modo, quella restituzione non può essere accolta, perchè non vi trova posto nemmeno l'accenno al rimedio dell'adiectio loci, accenno che - come risulta dalle ultime parole conservate - era inevitabilmente fatto dal giurista.

ricordato ai suoi studenti, con la stessa cura con la quale ha ripetutamente chiamata con lo stesso nome l'azione basata su l'interdetto (IV 141, 163)[1]; e avrebbe evitato in ogni modo di presentare come atteggiamenti diversi di una stessa azione quelle che fossero state, nella opinione dominante dei giuristi del tempo, due azioni ben distinte.

4. La gravità di questi dubbii non sarebbe forse eccessiva, se il passo delle istituzioni giustinianee, dove l'a. arbitraria è esplicitamente ricordata, fosse stato integralmente ricavato da altro luogo gaiano, e precisamente dai libri rerum cottidianarum[2]. Ora, è certo che un testo di Gaio è stato a base dell'opera dei compilatori; ma questo testo lo ritroviamo, quasi integralmente, nei Digesti (13, 4, 1–3), come estratto dal libro 9 *ad ed. prov.*: che il giurista riproducesse gli stessi concetti nelle res cottidianae, è possibile, ma non toglie che dei brani conservati nei Digesti noi ci possiamo servire per la critica del brano delle Istituzioni. E dal confronto un dato risulta certo: che dell'a. arbitraria i compilatori hanno per primi inserito il nome in questo punto.

La prova è già fornita chiaramente, come vide il Beseler[3], dalla parafrasi di Teofilo. Dove infatti le istituzioni imperiali scrivono:

> .... propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur;

Teofilo invece scrive:

> ... ἐπειδὴ συνέβαινέ σε μηδέποτε ἀπαιτεῖσθαι, οὔτε ἐν τῇ Ἐφέσῳ διὰ τὸ μὴ εὑρίσκεσθαί σε ἐν αὐτῇ, οὔτε ἐκτὸς τῆς Ἐφέσου διὰ τὴν plus petitíona, τούτου χάριν ὁ praétωr *ἐπενόησε τοιαύτην ἐναγωγήν*, δέδωκε γάρ μοι ἐξουσίαν εἰ καὶ ἐκτὸς ὄντι τῆς Ἐφέσου κινεῖν κατά σου, *μόνον μέντοι ἵνα μνήμην ποιήσωμαι τῆς Ἐφέσου* καὶ διαφύγω τὴν plus petitíona.

Non è dubbio che il linguaggio del Parafraste si accordi più con quello delle istituzioni gaiane che con quello delle istituzioni giusti-

[1]) Osservazioni analoghe, a proposito della denominazione dell'a. confessoria, v. in SEGRÈ, *Mélanges Girard*, II, 575.

[2]) Così FERRINI, *Bull.*, XIII, 195: cfr. BESELER, p. 4, n. 1; BIONDI, p. 8, e ivi citati.

[3]) P. 53 sg.

nianee. E pure non può dubitarsi che gli stessi testi classici abbiano fornito i materiali per il manuale bizantino e per la parafrasi: la frase *τούτου χάριν* ὁ praétωr *ἐπενόησε* τοιαύτην ἐναγωγὴν ha lo stesso andamento della latina «*propter quam causam*... arbitraria actio *proponitur*» Ma molto è mutato: a parte che la causa richiamata dal τούτου χάριν risulta diversa da quella su cui più si insiste nelle istituzioni, interessa per il momento notare che l'aggettivo *arbitraria* manca nella parafrasi, e che, dove le istituzioni parlano di actio, la parafrasi parla di *intentio* (ἐναγωγή) [1]. La connessione che così risulta fra Teo-

[1]) La equazione ἐναγωγή = *intentio*, di capitale importanza per l'assunto di questo studio, è negata dal BIONDI, p. 17, n. 1, il quale preferisce tradurre *actio*. Ma a torto. Uno spoglio del titolo *de actionibus* nella parafrasi dà come unico termine tecnico, equivalente ad *actio*, ἀγωγή: cfr. la etimologia al pr. (εἴρηνται δὲ ἀγωγαὶ παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον), e le numerosissime volte in cui la parola tecnica ritorna, quasi sempre in diretto rapporto con l'actio mentovata dalle istituzioni (cfr. in ispecie i §§ 1³. 3². 8². 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16². 17. 18². 19². 20². 21². 26. 28. 31⁴).

La voce ἐναγωγή è usata nel § 1, in stretto rapporto con l'*intendit* delle istituzioni; e nel nostro § 33 *c* ritorna più volte come traduzione di *intentio* (...ἡ γὰρ pura *ἐναγωγὴ* τὴν τοῦ διαφέροντος ἐξέτασιν ἀναιρεῖ = I. ... quia utilitatem ... adimit ... pura *intentione*; ed analogamente: ... διὰ τοῦτο οὖν ἀνάγκη μεμνῆσθαι τῆς Ἐφέσου *ποιούμενον τὴν ἐναγωγήν*. εἰ δὲ συμβῇ σε τὸν ἐπερωτηθέντα εὑρεθῆναι κατὰ τὴν Ἔφεσον, *pura ὀφείλει γίνεσθαι κατά σου ἡ ἐναγωγή*: κινῶν γὰρ ἐν τῇ Ἐφέσῳ οὐκ ὤφειλες μνήμην ποιήσασθαι τοῦ τόπου. ἰσοδυναμεῖ γὰρ τῇ μνήμῃ τοῦ τόπου ἡ ἔν τινι τόπῳ γινομένη *ἐναγωγή* - dove pur si potrebbe, volendo, scrivere *actio* al posto di ἐναγωγή, ma appare sempre più elegante la traduzione con *intentio*). Anche in § 2 *i. f.*, mentre la espressione ἐπὶ τῆς negatorias *ἐναγωγῆς* τῶν ἀσωμάτων potrebbe sembrare indifferente, la frase successiva, καὶ ἐστὶν οὕτως νοουμένη *τῆς in rem ἡ ἐναγωγὴ* confessoria εἰ καὶ negatoriως πέφρασται, va necessariamente tradotta: «et ita confessoria intelligitur *in rem actionis intentio* etsi negative concipiatur» (cfr. su questi passi SEGRÈ, *Mélanges Girard*, II, 540 sg.). La prova provata è al § 33; dove le istituzioni hanno «si quis agens *in intentione sua* plus complexus fuerit...» e i mss. della parafrasi: Παραινοῦμεν δὲ καὶ τῷ ἄκτορι *αὐτὴν τὴν intentiona καὶ τὴν ἐναγωγὴν* εἰς τὸ ἀληθὲς ποιήσασθαι χρέος. Se anche le parole καὶ τὴν ἐναγωγὴν sono da espungere come glossema (così FERRINI, *ad h. l.*), non ne risulta meno chiaramente la identità di significato nel pensiero dei bizantini.

Un dubbio potrebbe derivare dal fatto che talvolta la parafrasi ha ἐναγωγή dove le istituzioni hanno *actio*: ma, come nel caso del nostro § 33 *c*, così negli altri deve ritenersi che Teofilo sia più vicino ai modelli classici. In tema di plus petitio causa (§ 33 *d*), le istituzioni hanno: «qua de causa *talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat* aut hominem Stichum aut decem aureos sibi dari oportere»; e noi dovremmo indurne (nescio quid maius) che nell'Editto fosse proposta un'azione speciale per le stipulazioni alternative. Gaio (IV 53 *d*) conclude invece la trattazione della plus petitio causa con le parole: «itaque sicut ipsa stipulatio

filo e le istituzioni gaiane non può essere spiegata che in un modo: Teofilo, il quale come scienziato aveva le mani più libere che come compilatore, e ne approfittava notoriamente assai spesso per tenersi in diretto contatto coi classici [1]), li ha trascritti anche qui fedelmente: nella compilazione, invece, si è creduto opportuno segnare il nome dell'a. arbitraria.

Per ritrovare onde attingesse Teofilo, basta rileggere il D. 13, 4, 1:

> Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere, sed quia iniquum erat, *si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet* (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur), non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est [*utilem actionem in eam rem comparare*].

concepta est, *ita et intentio formulae concipi debet*»; e Teofilo, fedelmente: ὥστε οὖν *δεῖ ὁμοιότροπον εἶναι τὴν ἐναγωγὴν τῇ ἐπερωτήσει*, ἵνα οὕτως εἴπω ἐνάγων· « εἰ φαίνεται τὸν ἀντίδικον χρῆναι δοῦναι Στῖχον ἢ *ι νομίσματα* ». E il testo delle istituzioni risulta corrotto. - Similmente, nel § 32, la dichiarazione delle Istituzioni appare vaga e poco compromettente: «Curare autem debet iudex, ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat, *etiam si de incerta quantitate apud eum actum sit*»; ma Teofilo: Καὶ παραινοῦμεν τῷ δικαστῇ, καθὼς αὐτῷ δυνατόν, εἰς cérton πρᾶγμα ποιήσασθαι τὴν καταδίκην, *εἰ καὶ incerta ἐστὶν ἡ παρ' αὐτῷ κινουμένη ἐναγωγή*. È chiaro che varie fra le interpolazioni del paragrafo delle istituzioni sono qui assunte nella parafrasi, cioè il «quantum possibile ei sit» e il «vel rei» (cfr. FERRINI, *Bull.*, XIII, 195); ma la protasi, ben conservata, mostra che il testo classico non parlava nè di «*agere* de incerta quantitate» nè di «incerta quantitas (quae) in *condemnatione* posita sit» (come vuole FERRINI, *loc. cit.*), ma diceva: «etiam si incerta *intentio* sit». Con la quale conclusione si accordano, ad sensum, le vestigia superstiti di Gai. IV 52. - E finalmente dovremo dir lo stesso per il § 13 (Inst. ..... sed interdum et si in simplum quisque *agit*; Paraphr. ..... ἀλλ' ἔσθ' ὅτε καὶ ἡνίκα εἰς τὸ ἁπλοῦν *ποιεῖται τὴν ἐναγωγήν* - da Gai. res cott. secondo FERRINI, p. 193).

I pochi testi classici, in cui la parola ἐναγωγὴ compare (cfr. le citazioni contenute nel *Thesaurus* dello Stefano), non hanno riferimento al processo civile. A questo invece ha riguardo, in epoca assai posteriore, il passo di Michele Psello, *Syn. legum*, v. 284: « Ὁ ἔχων *τὴν ἐναγωγὴν* ἀποδείξει βαρεῖται », dove *actio* ed *intentio* sarebbero egualmente a posto.

[1]) Dalle ricerche del FERRINI in qua, la cosa è notoria, e sempre meglio è documentata. Cfr. da ultimo l'interessante studio di KNIEP, *Zum röm. Konkursverfahren* (in *Mélanges Girard*, I, 623 sgg.). Qualche contributo nuovo può vedersi nella nota precedente, qualche altro sarà dato nel seguito di questo scritto — poca cosa, di fronte al moltissimo che ci si potrebbe ripromettere da una revisione completa.

Ognuno vede come questo passo gaiano si muova proprio nello stesso ordine d'idee che abbiamo seguìto nella parafrasi: soprattutto, la ragione pratica data da Gaio alla creazione del nuovo rimedio giuridico coincide perfettamente con quella data dal parafraste. La coincidenza fra i due testi sarebbe certo assai più notevole, se quello dei Digesti non fosse stato in più punti rimaneggiato dai compilatori. E anche qui è da convenire col Beseler[1]) nella maggior parte delle sue osservazioni: la frase « non videbatur agendi facultas competere » è una vaga e poco compromettente sostituzione delle osservazioni che Gaio doveva fare su la plus petitio; e la parentesi « quod - distringeretur » è assai probabilmente tribonianea[2]). Io credo inoltre che, dove ora si parla vagamente di utilis actio, Gaio accennasse esplicitamente al rimedio della adiectio loci, e quindi alla modificazione che ne veniva ai poteri di valutazione del giudice. Solo in questo modo si poteva operare, nel testo originario, il passaggio dal fr. 1 al fr. 3, dove appunto Gaio commentava la condemnatio della nostra formula con quelle parole di cui troviamo ancora l'eco nel seguito dei passi paralleli delle istituzioni e della parafrasi.

Gai., D. 13, 4, 3:	Inst. 4, 6, 33 *c*:	Paraphr. *ibid.*
... quia scimus, quam varia sint pretia rerum per singulas civitates [regionesque], maxime vini olei frumenti: pecuniarum quoque licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius et gravibus usuris.	... quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino oleo frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris fenerantur.	... τοῦτο δὲ τὸ διαφέρον ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἐκ τῶν πιπρασκομένων φορτίων μεγίστην δέχεται διαφοράν, οἷον ἐλαίου σίτου οἴνου, ἅτινα καθ' ἕκαστον κλῖμα διάφορον ἔχει τίμημα ... οὐ μόνον δὲ ἐν τούτοις, ἀλλὰ καὶ ἐν αὐτοῖς τοῖς ἀργυρίοις τὸ διαφέρον ἐκ τῶν κλιμάτων εἰσάγεται· οὐδὲ γὰρ οἱ αὐτοὶ ἐν παντὶ κλίματι τόκοι ἀπαιτοῦνται κτέ.

[1]) P. 56 sg.

[2]) Ritengo invece gratuita l'osservazione del Beseler (p. 57), che Gaio cominciasse con le parole: « Videamus primum cur necessarium fuerit hoc edictum. quod facile intellegitur: nam alio loco rell. ». Questa ricostruzione, che si ricon.

In conclusione, il passo delle istituzioni imperiali ebbe a modello Gaio: ma in nessuna delle sue opere Gaio nominava l'a. arbitraria, e sono stati i compilatori a inserirvela a forza. I nuovi argomenti da me addotti vengono dunque a corroborare la tesi del Beseler. Senonchè il critico tedesco vede nella notata interpolazione soltanto la ripulsione dei compilatori contro il vieto meccanismo della loci in intentione adiectio, e «das Bestreben, die *noch lebendige* actio arbitraria zu erwähnen». E la spiegazione non è sufficiente. Perchè, se fra la pura e semplice loci in intentione (cond. certae rei) adiectio e l'actio arbitraria (sostitutiva della c. certae creditae pecuniae) i classici avessero veramente posta quella netta differenziazione che al Beseler sembra intravvedere, Gaio non avrebbe potuto esprimersi nel modo che abbiamo visto comune a tutte le sue opere. Il fatto, che Gaio ha sempre parlato della sola adiectio loci, non soltanto è contrario alla comune dottrina su la sfera di applicazione dell'a. arbitraria, ma ancora più gravemente, se è possibile, osta alla costruzione del Beseler. Nel passo delle istituzioni gaiane, è usata l'espressione più vaga possibile: «... *quod* certo loco dari promissum est, *id* alio loco petatur...»; così pure il passo del commento all'Editto provinciale osserva nella l. 1 i termini più vaghi e comprensivi, e nella l. 3 trae la esemplificazione così dall'ámbito delle certae res come da quello della certa pecunia; così ancora, se veramente fosse estratto da altra opera gaiana, il passo che servì ai giustinianei [1]). E dunque non c'è altro dilemma che questo: o Gaio ha sempre parlato inesattamente, trascurando di nominare quell'a. arbitraria che pure avrebbe dovuto nominare; oppure la loci in intentione adiectio, come Gaio la considera e

nette in parte alla tendenza, già da altri appuntata al B., di volere ad ogni costo rifare i testi classici, è in modo speciale imprudente, perchè suppone l'esistenza di una clausola edittale *de eo quod certo loco*. Si vedrà in seguito che questa pretesa clausola, dalla quale il Beseler ha derivato anche il titolo del suo libro, non esisteva affatto.

[1]) In questo senso ha pienamente ragione il Biondi (p. 18 sg.), quando osserva che il dualismo supposto dal Beseler non risulta affatto provato, e che i testi parlano nel senso più generico di *dare oportere*. Non è invece da accordarsi senz'altro che i testi «presuppongono sempre unità d'azione tanto per la certa pecunia che per la certa res»: ciò è vero per i testi che nominano l'a. arbitraria; non è vero invece per quelli che fino a questo momento abbiamo esaminati, nei quali anzi l'accenno alla semplice adiectio loci lascia del tutto salvo il contrapposto, inevitabile nel pensiero classico, fra la c. certae rei e la c. certae pecuniae.

la presenta, corrisponde per tutti i casi alla concezione classica, e l'a. arbitraria è una creazione dottrinale dei compilatori giustinianei.

5. A quest'ultima ipotesi mi traggono anche considerazioni di ordine generale. Fu già da più parti notato che la denominazione di arbitraria, applicata all'azione data sotto la rubrica de eo quod certo loco, ha senso ben diverso da quello che più comunemente si esprime con la definizione di una azione come arbitraria. Per quanto varie possano essere le opinioni, su le quali fra breve torneremo, intorno alla struttura della formula adiecto loco, è ormai accertato che manca in essa una clausola restitutoria, del tipo «nisi ea res arbitrio tuo restituatur». Ora, è appunto la esistenza di una clausola di questo genere quella che, secondo le Inst. 4, 6, 31 e secondo il frgm. de formula fabiana, dà nome alla categoria delle a es arbitrariae. Onde, se l'uno e l'altro uso della espressione si ritenga classico, si dovrà attribuire ai giuristi l'uso anfibologico di una stessa denominazione di azione in più e diversi significati, il che, come fu già rilevato, non corrisponde nè alle loro abitudini nè alle generali esigenze di una precisa ed univoca terminologia [1]).

La risoluzione della grave questione che così si impianta si è più volte cercata dagli scrittori mediante la critica alla categoria istituzionale delle azioni arbitrarie: la equivocità della denominazione non apparterrebbe così al linguaggio classico, ma al bizantino. Alle osservazioni del Riccobono in questo senso si è vivacemente riattaccato il Biondi, il quale appunto assume che la categoria delle azioni arbitrarie (= azioni fornite di clausola de restituendo) sia esclusivamente giustinianea [2]).

[1]) Nella nostra materia l'osservazione è stata lucidamente fatta dal Lenel, *Ed.*², 238, e dal Riccobono, *Bull. ist. dir. rom.*, XX, 101 sgg. - e ampiamente illustrata dal Biondi, op. cit., 100 sgg. Per il criterio generale cfr. ora Segrè, *La denominazione dell'a. confessoria* [*Mélanges Girard*, II, 562 sgg.]; il quale appunto vi ravvisa uno dei più gravi argomenti ad escludere che la denominazione di confessoria si applicasse da una parte alla petitio usus fructus o servitutis, e dall'altra alle azioni legis Aquiliae, iudicati e simili, quando fossero date in simplum adversus confitentem. La dimostrazione di non classicità, che il Segrè ha fornita per la confessoria servitutis e ususfructus, conferma ora l'esattezza del punto di partenza.

[2]) Questo assunto è sostenuto, come a molti è noto, nel libro del Biondi, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, in corso di stampa. Mentre ringrazio l'autore, che mi ha permesso di consultare i fogli già stampati, av-

Non è dubbio che per varie circostanze questa tesi si presenti sotto buona luce. L'accurato spoglio delle fonti, istituito dal Biondi, dà per risultato che la espressione a. arbitraria è, in questo senso più generale, usata solo tre volte nei Digesti: in D. 4, 2, 14, 4 a proposito dell'a. quod metus causa, un testo che la critica attribuisce concordemente e ragionevolmente ai bizantini [1]); in D. 22, 1, 3, 1, dove - come bene osserva l'egregio collega di Perugia - la espressione « in his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei », è troppo sforzatamente usata a indicare gli iudicia stricti iuris [2]); e finalmente in D. 13, 4, 4, 1, la cui totale redazione giusti-

verto che l'attuale incompletezza dell'opera mi trattiene dal prendere decisamente partito riguardo alla tesi sostenuta. Qualche osservazione, in aggiunta a quelle qui fatte, v. in SEGRÉ, *Mélanges Girard*, II, 563 sgg.

[1]) Cfr. BIONDI, *Dottr. rom.*, 84; *Studi*, 23 sg.; e ivi cit.

[2]) Il BIONDI (*Studi*, 24 sg.) ricostruisce appunto: « In *stricti iuris iudiciis* post litem contestatam rell. ». Ma forse l'interpolazione è molto più vasta. Nelle *Pandette* leggiamo: « In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur; certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est ». Ora, si osservi che il passo è attribuito a Papiniano, 20 *quae.*, cioè ad una opera di casistica, in cui la esposizione autonoma di principii d'ordine generale non dovrebbe trovar luogo: chi voglia vedere come Papiniano si attenesse scrupolosamente a questo criterio metodico, non ha che da sfogliare per questa parte la *Palingenesia*. In particolare, il libro ventesimo delle *quaestiones* riguardava esclusivamente i fedecommessi; e a questi direttamente si riferiscono, ponendo e risolvendo quesiti pratici, il pr. e i §§ 2, 3, 4 della nostra l. 3. Ma, accogliendo il brano papinianeo nel titolo *de usúris et fructibus*, i compilatori hanno voluto travasarvi dei principii generali, vecchi e nuovi. Ed hanno cominciato col trasportare il pr. dalla questione, che vi si trattava, della restituzione dei frutti percepiti prima e dopo la litis contestatio, alla questione nuovissima riguardante i frutti percepiti dopo la condanna (in rem ipsam). Non ho bisogno di molta discussione per trascrivere il testo come segue (segno in corsivo le parole soppresse del giurista, fra parentesi quelle dei compilatori):

> In fideicommissi persecutione [, cum post iudicis sententiam moram fecisset heres,] iussit imperator Marcus Antoninus [, intermisso legitimo tempore quod condemnatis praestatur,] ut *post litem contestatam* [usque ad sententiam iudicis] commoda fideicommissarius accipiat. quod decretum ita accipi oportet, si ante *litem contestatam* [iudicis sententiam] mora non intervenit: tametsi non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad iudicem: sed puta legis Falcidiae rationem intervenisse: ceterum si ante, quam ad iudicem perveniretur, in mora heres fuit, exinde fructuum praestandorum necessitate adstrictus *est, ex quo moram fecit* [qua tamden ratione, quoniam et sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus li-

nianea è stata dimostrata dal Biondi nei suoi studii su l'a. de eo q. c. l. [1]). Nelle altre compilazioni, la denominazione appare una volta sola; ma in I. 4. 6. 31, un luogo che per più riguardi mostra di aver sopportato rimaneggiamenti molteplici [2]).

E tuttavia, mentre l'esame spregiudicato delle fonti giustinianee dà risultati tanto tranquillizzanti, sono proprio le fonti pregiustinianee quelle che suscitano i dubbii più gravi. Gaio chiama due volte arbitraria la formula che è data, in seguito all'interdetto, se il convenuto *arbitrum postulaverit* [3]). Ed è vero che la denominazione di arbitraria *ha potuto* qui derivare, come il Biondi [4]) afferma, dalle stesse ragioni per cui si parla di *arbitrum postulare*, cioè - come altrove ho spiegato io stesso [5]) - dalla originaria impostazione del processo sopra la confessio del convenuto; ma il passo di Gai. IV 163 ha proprio l'aria di riattaccare direttamente quel nome alla ammessione di una restitutio arbitrio iudicis:

berabitur, cum ea temporis intercapedo iudicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat ?].

L'interpolazione è dimostrata apoditticamente da quello che resta del testo genuino: e gli argomenti formali abbondano, chè il periodo ultimo è diventato per opera dei compilatori un guazzabuglio incomprensibile, e il *fructibus liberabitur* è impagabile. Questi fructus post rem iudicatam sono, del resto, i naturali compagni di quelle usurae post rem iudicatam, la cui creazione giustinianea fu messa testè in luce dal De Francisci (*Saggi romanistici*, I, 61 sgg.): al D. F. rimando anche per la interpolazione del *legitimum tempus quod condemnatis praestatur*.

A questo prodigio di elaborazione bizantina fa seguito il nostro § 1; il quale, mentre è fuori posto in una trattazione dei fedecommessi, presenta altre singolarità degne di nota: perchè per diritto classico non è vero che nei giudizi di stretto diritto «actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur», anzi di questa *praestatio causae* può parlarsi soltanto prima della sentenza assolutoria; e perchè a nessun giurista classico (e tanto meno a Papiniano, il quale fin qui non si era poste questioni simili) poteva venire in mente di assicurare che «certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est». Ritengo dunque che tutto il § 1 sia una inserzione compilatoria.

[1]) Cfr. più oltre, num. 10.

[2]) Cfr. Lenel, *Beiträge*, 79 sg.; Riccobono, *Bull.*, XX, 102; Biondi, *Studi*, 18 sgg., e gli altri scrittori da lui citati: ultimamente May, *Melanges Girard*, II, 160 sgg.

[3]) I due passi (IV, 141. 163) sono così precisi e laconici, che non è nemmeno possibile supporre che vi si siano infiltrati di quei rimaneggiamenti e glossemi, di cui il Kniep ritiene così largamente inquinata l'opera gaiana.

[4]) *Studi*, p. 9 sg.

[5]) *Studi econ.-giuridici* dell'Università di Cagliari, IV, 2, 85 sg., 129 sg.

> Namque si arbitrum postulaverit is eum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet et restituit, et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.

Può darsi benissimo che la connessione ci appaia soltanto perchè Giustiniano ce la suggerisce (e l'ipotesi del Biondi, che il § 31 delle istituzioni sia stato elaborato su questo § 163 di Gaio, è tale da far meditare); ma resta che il nome di arbitraria, oltre che da Gaio, è dato alla formula in esame anche da Ulpiano (frg. Vindob. V), dove anzi non troviamo più una *formulam quae appellatur arbitraria*, ma una *formulam arbitrariam* senz'altro. E resta, quel ch'è più grave, che nel fr. de formula Fabiana si dà come caratteristica di quest'altra e diversa formula quella di essere arbitraria; dove l'aggettivo non può essere inteso in un senso analogo a quello che il Biondi preferisce nella interpretazione di Gaio.

Ma su questi dubbii non è il tempo nè il luogo di insistere: la soluzione più appropriata sarà forse quella già proposta dal May [1]), che cioè nel diritto classico si sia venuta faticosamente introducendo la denominazione di formula arbitraria per qualcuna di quelle fornite di una clausola de restituendo, e che a questo movimento si sia collegato Giustiniano, parlando risolutamente di *actiones arbitrariae*. In ogni caso, e pur lasciando alle ricerche già iniziate il còmpito di trovare la soluzione, quel minimum che anche il Biondi ritiene dimostrato dai testi pregiustinianei è già sufficiente accenno a equivocità di terminologia [2]). Poichè, si spieghi come si voglia la denominazione della formula ex interdicto, la si riconnetta alla clausola restitutoria o al concetto ciceroniano dell'arbitrium, bisognerà sempre riconoscere che in materia di actio d. e. q. c. l. il significato dell'aggettivo è alquanto diverso; e, se per poco si voglia (e come evitarlo?) prestar fede al fr. de formula fabiana, si dovrà riconoscere che, mentre questo concorre con Gaio nel considerar l'aggettivo

[1]) *Mélanges Girard*, II, 151 sgg.

[2]) In questo senso, mi pare si liberi troppo facilmente della questione anche Segrè, *Mélanges Girard*, II, 563 sgg., il quale, dopo molte osservazioni (conformi in parte a quelle qui esposte), conclude col ritenere che non appare evidente l'equivocità.

come qualificazione di una categoria di azioni, i testi di D. 13, 4 lo presentano come denominazione specifica della sola formula adiecto loco.

Già per questo verso appare dunque giustificata la posizione dell'opposto problema, se cioè sia genuina la denominazione che le fonti giustinianee (non mai le pregiustinianee) danno all'azione che è oggetto di questo studio: un interrogativo in questo senso è stato già posto da H. Krüger [1]), ma non ha fino ad oggi ottenuto risposta adeguata.

6. Prima di cercare nelle fonti questa risposta, sarà opportuno osservare che la supposta innovazione sarebbe coerente ai rapporti fra il diritto classico e il giustinianeo.

Per i giuristi classici, l'ostacolo a intentare l'azione in luogo diverso dallo stabilito si riconnetteva puramente e semplicemente alla formula della condictio: da questa derivava il minaccioso pericolo della plus petitio. E il rimedio pretorio doveva operare là dove era il difetto, cioè nella formula e per la formula: si trattava, anzitutto e principalmente, di modificare l'intentio mediante la loci adiectio; in secondo luogo, per altre considerazioni che lo fecero ritenere necessario, di introdurre qualche ulteriore modificazione nella condemnatio. A determinare questo rimedio bastava, per i giuristi classici, indicare la prima ed essenziale modificazione, cioè la loci adiectio (o commemoratio) in intentione: a distinguere la formula data sotto la rubrica de e. q. c. l. da quella segnata in testa al titolo de rebus creditis bastava parlare di agere o intendere o petere o condicere

[1]) In *Ztschr. Sav.-St.*, XXIX, 496 sg., recensendo il libro di Beseler, H. Krüger osserva: «Gewiss, der Name actio arbitraria für die actio de eo ist ein Problem. Sollten die klassischen Juristen für zwei verschiedene Klagarten dieselbe Bezeichnung (ob Name oder Prädikat) gebraucht haben? Am Ende ist die Verwendung des Ausdruckes für die actio de eo überhaupt nicht klassisch und behalfen sich die Klassiker mit einer Umschreibung, etwa formula adiecto loco. Oder. ... Oder. ... *Wer wollte über diese Vielleicht hinauskommen?*». Oso sperare che le pagine seguenti riescano a eliminare i *forse*, in favore della prima fra le alternative poste dal Krueger.

L'opinione, che l'a. de eo quod certo loco non fosse una vera e propria azione per sè stante, ma un modo di essere della condictio, era già stata in qualche modo presentata dall'antica dottrina: così il Glueck (*Comm.*, l. XIII, p. 73 sgg.) parla sempre di *condictio d. e. q. c. l. d. o.*, e afferma anche che si tratti di una azione *adiecticiae qualitatis* (p. 77). A parte questa ultima espressione, che se non volesse essere approssimativa sarebbe veramente spropositata, la tesi del Glueck resta sostanzialmente nel campo del diritto materiale e della *natura actionis*, non investe il problema procedurale classico.

adiecto loco, in contrapposto all' agere o intendere etc. pure (id est non adiecto loco). Questo linguaggio, che Gaio e Teofilo ci parlano, è per loro e per noi sufficientemente chiaro.

Ma non lo era pei bizantini. Abolita la procedura formulare, tutte le espressioni tecniche che direttamente si riconnettavano alle formule andavano abrogate. Molte invero - la maggior parte, per nostra fortuna - furono conservate, ma trasportate, come ben sappiamo, dal loro preciso significato formulare a un nuovo significato di diritto materiale, in cui spesso si inquadrano a stento: la struttura e la direzione del singolo processo, che per i classici si esprime nella intentio, cerca stentatamente presso i bizantini la sua nuova base nella natura actionis. Ma nel caso nostro, dove tutto l' istituto era basato sui criterii del processo formulare, rimedii analoghi non giovavano, e due sole vie restavano aperte: o abolire la rubrica edittale de eo quod certo loco dari oportet, e rifondere i passi relativi nella generale trattazione della condictio; oppure costruire per la prima volta in azione autonoma quella che per i classici non lo era mai stato, e impartire a questa nuova azione il battesimo. Un legislatore, che si fosse contentato di fare il suo mestiere, avrebbe preferito la prima via; ma « tanta *Iustiniano* antiquitati habita est reverentia », ch'egli ha scelta la via più illogica e nelle apparenze più conservativa. Di qui la nascita e il battesimo della nostra actio arbitraria.

E vediamo i particolari del lavorio bizantino.

7. A parte il grande valore che ha, per la critica delle fonti giustinianee, il passo citato di Gaio, molto largamente soccorre nel caso nostro, come in tanti altri, il confronto dei testi greci. Già il confronto fra Inst. 4. 6. 33 *c* e il brano corrispondente della parafrasi ha mostrato che sono stati i compilatori a introdurre a forza in questa parte del manuale ufficiale il nome dell' a. arbitraria: ora, lo stesso servizio Teofilo ci rende per l' altro passo delle istituzioni (§ 31 *h. t*) dove la nostra azione si trova indicata con questo attributo. Nelle istituzioni, l' elenco delle actiones arbitrariae comprende anche quella data sotto la rubrica de eo q. c. l.:

> ... in personam veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, *item qua id, quod certo loco promissum est, petitur*;

nella parafrasi invece, pur riproducendosi fedelmente tutto il resto dell' elenco, la nostra azione vi manca, il che non può non lasciare sospettare una inserzione da parte dei compilatori giustinianei [1]). E in questo ordine d' idee fu anche osservato dal Beseler che la frase « id quod certo loco dari promissum est », sfacciatamente impropria, non ha potuto essere usata da un classico.

Così le fonti bizantine permettono di ritenere con sicurezza dovute ai compilatori entrambe le menzioni dell' a. arbitraria contenute nelle istituzioni giustinianee. Ma non si arrestano qui i loro servigi: anche per uno fra i testi del Digesto che parlano di a. arbitraria, la l. 5 *h. t.*, uno scolio dei Basilici permette di cogliere la opposizione fra il linguaggio classico e il giustinianeo.

Paul. 28 *ed.*:

Si heres a testatore iussus sit certo loco quid dare, *arbitraria actio competit.*

Bas. 24, 9, 1, 8, sch. *a*:

Εἰ δὲ καί τις ληγατεύσας τινὶ πρᾶγμα κελεύσῃ ἐν φανερῷ τόπῳ καταβληθῆναι, *δύναται ὁ ληγατάριος ἀρβιτραρίως ἔξω τοῦ τόπου τὴν ἐξ τεσταμέντο κινεῖν.*

[1]) Cfr. Lenel, *Ed.*², 239; Beseler, p. 75. Di diverso avviso è il Biondi, p. 105; ma l'argomento da lui addotto, che alla frase delle istituzioni, « veluti rem restituat vel exhibeat *vel solvat* », corrisponda esattamente il teofilino « ὁ *reos* ἀποκαταστήσῃ ἢ εἰς μέσον παραστήσῃ ἢ καταβάλῃ », e che il verbo *solvere* = καταβάλλειν non potrebbe essere stato adoperato se non per l' a. de eo q. c. l., è evidentemente pericoloso. Anzitutto perchè il catalogo istituzionale delle a.es arbitrariae è soltanto esemplificativo, e già fra questi pochi esempi è quello dell' a. Serviana, per la quale - come lo stesso Biondi riconosce - non è escluso che la clausola restitutoria contenesse la menzione del *solvere* (debitum). In secondo luogo, perchè non bisogna credere che Teofilo abbia in certi paragrafi parafrasate pedissequamente le istituzioni giustinianee, e in altri paragrafi si sia servito di soli testi classici. Le istituzioni ufficiali egli le ha sempre avute presenti, anche quando ha tenuto contemporaneamente sotto gli occhi qualche trattatello anteriore; e qui ha potuto tradurre dalle istituzioni il « veluti-solvat », e poi, tenendo gli occhi sul testo classico, saltare l' azione d. e. q. c. l. Per la provenienza giustinianea del passo incriminato, stanno invincibilmente gli argomenti formali addotti dal Beseler. — Ora lo stesso Biondi (*Studi* cit., p. 18 sgg.) afferma che il § 31 è in sostanza di elaborazione giustinianea, ma riconosce che a base di esso dovette essere un qualche testo classico: con che è appunto avvalorata la congettura che nel testo classico mancasse, fra l'altro, la menzione dell'azione nostra. Non è del resto facile supporre quale potesse essere il testo classico rabberciato: e il ricorso del Biondi a Gai. IV 163 ha già suscitato serii dubbii (Segrè, *Mél.* cit., 569).

La coincidenza fra il passo di Paolo e lo scolio è nella protasi evidentissima; nell'apodosi, invece, all'« arbitraria actio competit » dei Digesti si sostituisce la dichiarazione, che si dovrà intentare ἀρβιτραρίως l'a. ex testamento. Ora, è certo che Paolo, alla cui opera genuina attingeva forse lo scoliaste, non usava l'avverbio *arbitrarie*, che è del tutto fuori, come risulta dal V. I. R, del linguaggio classico, e conforme invece all'uso bizantino [1]) Ma noi comprendiamo facilmente come abbia proceduto l'autore del κατὰ πόδας, stretto fra il vecchio testo e la nuova terminologia che gli risuonava all'orecchio: comprendiamo che il giurista aveva scritto « ... potest legatarius *adiecto loco* alibi ex testamento agere », e che il traduttore ha creduto far piena ragione alla innovazione giustinianea sostituendo alle parole *adiecto loco* l'avverbio ἀρβιτραρίως, senza accorgersi che anche la menzione dell'a. ex testamento doveva nel nuovo diritto scomparire [2]).

8. I risultati parziali, ma precisi e sicuri, a cui già siamo pervenuti, invitano a procedere oltre nella critica dei Digesti; dove l'espressione actio arbitraria si trova ancora numerosissime volte: quasi sempre nel titolo 13, 4 (l. 2 pr. e § 8, l. 4 § 1, l. 7, l. 8 pr., l. 10), ma anche una volta nel titolo successivo (D. 13, 5, 16, 1).

Senonchè è notevole, che già nello stesso titolo 13, 4 si incontrano espressioni, nelle quali è nettamente riprodotta la terminologia gaiana, escludendosi - per chi ben guardi - il concetto di una speciale azione. Così in l. 2 § 3 *h. t.* Ulpiano (27 *ed.*) scrive:

> ... quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuae [dari *ins.*], si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum: sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat: quare putat posse ab eo peti altero loco *et sine loci adiectione* ...

[1]) Cfr., ad esempio, per il larghissimo uso del confessoríως e del negatoríως, SEGRÈ, *loc. cit.*, p. 539 sgg.

[2]) Che lo scoliaste abbia tenuto presente il passo di Paolo, non è escluso da ciò, che la l. 5 si trovi anche tradotta, quasi ad literam, al posto che le compete nell'ordine dei Basilici (Bas. 24, 9, 5: Καὶ ἐπὶ ληγάτων χώρα τῇ ἀρβιτραρίᾳ). E in ogni modo, se pure non era proprio il passo pauliano quello che lo scoliaste teneva presente, si trattava certo di un testo analogo, la cui affermazione doveva precisamente corrispondere a quella di Paolo.

L'interpolazione della l. 5 cit. è osservata anche dal BESELER, p. 58; ma dimostrata soltanto col ricorso al solito presupposto, che l'azione diretta alla ri-

Ulpiano riferisce, aderendovi pienamente, il pensiero di Scevola: è dunque chiaro che anche i giuristi dell' età dei Severi non facevano questione di spettanza di una o di altra azione, di condictio o di actio arbitraria, ma di necessità o meno della loci adiectio [1]).

E quando al § 7 *h. l.* Ulpiano stesso scrive:

> Idem Iulianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus sit, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit *intendere sibi dari oportere*...

le parole segnate in corsivo sono così tecniche della condictio, che non è concepibile siano state usate a indicare un' azione diversa: e, se l' a. arbitraria era e restava una condictio, non vi era ragione di ribattezzarla con diverso nome.

Ho citato le frasi più significative del § 3 e del § 7; ma tutto il lungo brano della l. 2, che va dal § 2 al § 7, si muove nello stesso ordine di idee. Anche questo ha visto il Beseler [2]); ma, fermo al punto di vista già riferito, ha cercato la spiegazione nel supposto che Ulpiano commentasse qui le prime parole dell' editto, nelle quali appunto si sarebbe parlato della loci adiectio. La congettura è, come sempre, elegantissima; ma si basa su presupposti fallaci, cioè su la esistenza di una clausola edittale de eo quod certo loco. Ora, sotto la nostra rubrica non esisteva clausola edittale: se qualche dato preciso può pure trarsi dallo stato deplorevole in cui le fonti classiche ci sono pervenute, tale è appunto il dato a cui accenno. Il passo di Gaio alla l. 1 *h. t.*, genuino o corrotto che sia, dice che « visum est *utilem actionem* in eam rem comparare »; Teofilo, nella parafrasi ad Inst. 4. 6. 33 *c*, dice che « praetor *proposuit intentionem* rell. »; similmente doveva esprimersi anche il passo delle istituzioni gaiane. E di un editto non si parla mai: non solo non ne è riferita alcuna parola nel titolo relativo dei Digesti (ciò che, data la viva luce in cui i compilatori hanno voluto porre il nostro istituto, è buon segno della

petizione di certa res non si trasformi in a. arbitraria. Il B. non ha posto mente alla preziosa coincidenza dello scolio bizantino.

[1]) Nello stesso senso, la espressione *adiectio loci* si trova anche adoperata relativamente alla stipulazione: D. 46, 1, 16, 1 (Iul. 53 *dig.*): ... et fideiussorem *cum adiectione loci accepero*...

[2]) P. 113 sg.

sua mancanza), ma fa anche difetto, all'inizio dei commentarii gaiano e ulpianeo, qualunque accenno alla utilitas o alla necessitas huius edicti, e noi sappiamo quanto questi accenni preliminari fossero cari ai giuristi, e con quanta cura siano stati raccolti e riprodotti dai giustinianei. Io credo dunque che si possa con tutta tranquillità affermare che una clausola edittale de eo quod certo loco non sia mai esistita: sotto la nostra rubrica il pretore si limitava a proporre una formula [1]).

E al commento di questa formula si limitava Ulpiano. Il testo di essa, che indubbiamente iniziava il commentario, è scomparso nella compilazione, subendo la sorte comune a tutte le formule; e al suo posto è stato introdotto il fr. 2 pr., che – come già è stato sostenuto e come meglio vedremo – è tutto un elaborato giustinianeo. Il commentario di Ulpiano cominciava invece con quelle osservazioni che, lievemente modificate, leggiamo ora nel § 1:

> Haec *formula* (haec *autem actio* Trib.) ex illa stipulatione venit, ubi stipulatus sum a te Ephesi decem dari:

e così seguitava, ricordando ancora l'adiectio loci nel § 2 (*ad vv.* « non debet *detracto altero loco* experiri »), nel § 3 citato, nel § 5, e movendosi sempre nell'ordine d'idee della condictio [2]).

[1]) Anche il LENEL, *Ed.*², 240, dubita dell'esistenza di un editto.

[2]) Per quel che riguarda il pr. del fr. 2, non posso che richiamarmi a quanto, su la sua inadatta collocazione, hanno già osservato NABER (p. 321), BESELER (p. 114 sg.), BIONDI (p. 42 sg.). Per il § 1 mi discosto invece dalla conclusione di BESELER. Il quale vorrebbe spostare non solo il pr., ma anche il § 1, e suppone nel commentario ulpianeo anche più vasti rimaneggiamenti e trasposizioni. Ulpiano avrebbe cominciato con un richiamo alla utilitas huius edicti, e a questo richiamo avrebbe fatto seguire la trascrizione della clausola edittale e quel commentario che ci è conservato in l. 2 §§ 2-7. Successivamente avrebbe trascritta la formula dell'a. arbitraria, e ne avrebbe data la giustificazione col passo che leggiamo in l. 2 § 1, e questo avrebbe fatto tutto un corpo con l. 4 pr. Poi sarebbe passato alla condemnatio, alla quale si riferiva la l. 2 § 8, comprendente originariamente anche il brano posto ora in l. 2 pr. E il commentario si sarebbe chiuso con la l. 4 § 1. Ora, i compilatori possono essere accusati di tutti i capovolgimenti possibili: ma nei casi, in cui si va oltre i limiti normali dell'acume falsificatorio, bisognerebbe avere buoni argomenti per ammetterlo. E qui gli argomenti sono tutti nei due gratuiti preconcetti del BESELER: il primo, che fosse proposta nell'editto una clausola speciale; il secondo, che i debiti di certa res e quelli di certa pecunia fossero trattati in modo essenzialmente diverso. D'altra parte, il BESELER deve non solo supporre scomparso il commentario alla intentio, ma deve addirittura con-

9. Tutto ciò è confermato anche da un' altra considerazione: che cioè la menzione dell' a. arbitraria, così esuberantemente ripresa ad ogni pie' sospinto in D. 13, 4, richiamata nuovamente, subito dopo, nel titolo *de pecunia constituta*, scompare poi per sempre dal linguaggio dei Digesti. Ed è questo un buon segno della interpolazione: perchè fa chiaro che l' idea d' inventare l' a. arbitraria è sorta nella mente dei compilatori quando si sono trovati di fronte alle formule edittali, e alla loro loci in intentione adiectio, priva di significato nel nuovo diritto [1]).

Infatti, è un fenomeno notevolissimo questo: che fuori della sedes materiae, nei luoghi dove sarebbe stato opportuno ricordare il nome dell' a. arbitraria, questo sia completamente taciuto. I giuristi classici non avrebbero certo operato in questo modo: anzi sarebbero stati più parchi nel nominare l' azione dove, per essere nella sedes materiae, tutto faceva comprendere che di essa si trattava; e invece l' avrebbero chiaramente nominata nei luoghi in cui occasionalmente accadeva di ricordarla a proposito di diversi istituti.

Di questi passi, in cui il nome dell' arbitraria è taciuto, due sono notissimi; e sono quel D. 12, 1, 22 e quel D 13, 3, 4, dai quali su le orme del Beseler abbiamo preso le mosse - relativi entrambi a debiti di certa res, e quindi apparentemente favorevoli alla ipotesi beseleriana. Ma bisogna osservare che ve n' è un altro, il D. 45, 1, 137, 2, che parla di condicere a proposito di una stipulazione *di da-*

getturare che Ulpiano non l' abbia commentata, perchè tutto quello che doveva dire a questo proposito l' avrebbe già detto commentando l' editto. Nell' ordine d' idee del Lenel e del Biondi, precisandolo in qualche punto, io credo invece che il commento ulpianeo si svolgesse così:

α) riproduzione della formula (scomparsa);

β) commento alla intentio (=l. 2 §§ 2-7);

γ) commento alla condemnatio (=l. 2 § 8);

δ) osservazione conclusiva sui limiti di applicazione della formula commentata (=l. 4 pr.).

Questo tentativo di ricostruzione, che non sposta l' ordine delle Pandette e dà piena ragione di ogni passo, conferma la conclusione del Biondi, che l. 2 pr. e l. 4 § 1 siano completamente fattura dei giustinianei (cfr. più oltre, n. 10).

[1]) È lo stesso fenomeno che il Segrè (*Mél.* cit., 176 sgg.) osservava a proposito del nome dell'a. confessoria, il quale compare soltanto nei brani più salienti (dal punto di vista della compilazione) di D. 7, 6 e di D. 8, 5.

naro con determinazione del locus solutionis. Nelle Pandette, il testo di Venuleio (1 *stip.*) è riferito così:

> Cum ita stipulatus sum ' Ephesi dari? ', inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. et magis est, ut totam eam rem ad iudicem [id est ad virum bonum] remittamus, qui aestimet, quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit, [ut qui Ephesi daturum se spoponderit, neque *duplomate* (*del.* Mo.) diebus ac noctibus et omni tempestate contempta iter continuare cogatur neque tam delicate progredi debeat, ut reprehensione dignus appareat, sed habita ratione temporis aetatis sexus valetudinis, cum id agat, ut mature perveniat, id est eodem tempore, quo plerique eiusdem condicionis homines solent pervenire,] eoque transacto, quamvis Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte *condicetur*, vel quia per ipsum steterit, quo minus Ephesi daret, vel quoniam per alium Ephesi possit dari, vel quia ubique potest solvere; nam et quod in diem debetur, ante solvi potest, licet peti non potest. [quod si duplomate usus aut felici navigatione maturius quam quisque pervenerit Ephesum, confestim obligatus est, quia in eo, quod tempore atque facto finitum est, nullus est coniecturae locus].

Che il testo abbia sofferto rimaneggiamenti da parte dei compilatori o di precedenti glossatori, è certo; e ho segnato fra parentesi quadre gli emblemi principali L'inciso *id est ad virum bonum* non ha potuto essere scritto da Venuleio [1]); ed è più che probabile che siano insiticii i lunghi brani *ut qui - pervenire* e *quod si - locus.* I quali, mentre ripetono oltre i limiti della sazietà il concetto già lucidamente espresso nelle parole « quanto tempore - promiserit », presentano quella meticolosità tutta bizantina, e quella cura minuziosa di tenersi in una via di mezzo fra il pretender troppo e il pretender troppo poco, dalle quali in più occasioni si è potuto riconoscere la mano dei giustinianei. Del resto, l'*ut* che è all'inizio del primo fra i due brani (« ut qui Ephesi rell. ») dovrebbe logicamente reggere e governare tutto il periodo, e l'ablativo assoluto « sed ha-

[1]) Così già BESELER, p. 97.

bita ratione rell. » costituisce un insopportabile anacoluto; senza contare che l'« eoque transacto » si collega molto più limpidamente al *quanto tempore* del periodetto iniziale, anzichè all'*eodem tempore* incidentalmente richiamato nel secondo.

Quanto al brano « vel quia-non potest », esso ha già suscitato i sospetti del Beseler, in ispecie per la equiparazione, che vi si contiene, del locus al dies; la quale è in contraddizione con altri testi, e specialmente con D. 46, 1, 16, 1. Ma non pare che si possa senz'altro espungere tutto il brano. La frase finale mostra, nel *licet* con l'indicativo, una notevole traccia del passaggio di Triboniano; ma è probabile che derivino dai compilatori le sole parole *ante solvi potest licet*, e che Venuleio abbia scritto la frase, elegantemente classica: « nam et quod in diem debetur, ante peti non potest ». E questa frase può servire di saldo appoggio alla ricostruzione di quanto precede. Perchè è impossibile che Venuleio abbia messo a disposizione del creditore tante diverse giustificazioni della spettanza della condictio, vagabondando illogicamente dall'una all'altra: se la prima è esatta e congrua a tutto l'andamento del testo, la seconda offre all'azione del creditore una faticosa scusante di cui non c'era bisogno, e la terza contiene o un truismo (se la si integra con la valutazione dell'interesse delle parti) o un errore madornale. Per me Venuleio ha data soltanto la prima di quelle tre giustificazioni, e ha poi spiegato come la condictio richiedesse nel caso nostro la adiectio loci, ad evitare le conseguenze della plus petitio; e dalla plus petitio loco è stato tratto al confronto con la plus petitio tempore. I compilatori hanno cancellato tutta quella parte del ragionamento che non si adattava al diritto nuovo, e vi hanno sostituito, operando alla cieca, la spaventevole accozzaglia di membra disiecta che ora leggiamo nelle Pandette.

Con la riserva che è sempre consigliabile in simili casi, io ricostruirei dunque il testo di Venuleio così:

> Cum ita stipulatus sum 'Ephesi dari?' inest tempus: quod autem accipi debeat, quaeritur. et magis est, ut totam eam rem ad iudicem remittamus, qui aestimet quanto tempore diligens pater familias conficere possit, quod facturum se promiserit; eoque transacto, quamvis Romae remanserit nec possit Ephesi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condic*a*tur, quia per ipsum steterit

quo minus Ephesi daret. *sed adiecto loco agendum est, ne plus petendo actor causa cadat*: nam et quod in diem debetur ante peti non potest.

Queste congetture lascio all' apprezzamento degli studiosi. Quello che sopratutto importa, è di cogliere il fiore di pensiero classico che è rimasto fra le scorie bizantine. È assurdo supporre che i compilatori, indubbiamente teneri dell' a. arbitraria, l'abbiano concellata qui. E invece dobbiamo ritenere che, fuori della sedes materiae, essi non abbiano tenuto presente la necessità di sostituire la loro nuova azione alla condictio, e ci abbiano così lasciato un prezioso punto di riferimento per la critica delle Pandette. Ed è veramente singolare che l' insegnamento di Venuleio sia stato completamente trascurato dalla scienza moderna.

10. Il completo capovolgimento d' idee e di terminologia, a conforto del quale si sono già addotti argomenti molteplici e – mi pare – indiscutibili, è accertato in modo sicuro da una rapida occhiata ai singoli testi. Il còmpito è qui stranamente facilitato; perchè fra tutti i testi del titolo D. 13, 4, che contengono la denominazione dell' arbitraria, non ce n' è uno sul quale la critica non abbia da un pezzo espressi i suoi dubbii.

Già in linea generale si è osservato che i classici dovevano parlare non di *actio*, ma di *formula* arbitraria [1]); e si è anche detto da più parti che per la denominazione dell'a. arbitraria i giustinianei hanno avuto una speciale predilezione [2]). Ma anche su ciascun testo basterà che io richiami le osservazioni già fatte da altri.

In particolare, l' aggettivo *arbitraria* si trova due volte senza il sostantivo (« actio » o « formula »), secondo l' uso che il Collinet ha da ultimo strenuamente appuntato come compilatorio [3]). Così anzitutto nella l. 2 § 8 (Ulp. 27 *ed.*):

> ... *in hanc arbitrariam* quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum ...

[1]) Gradenwitz, *Ztsch. Sav.-St.*, XXIV, 239: cfr. Naber, *Mnemosyne*, XXX, 319 sgg., che intitola *ad formulam arbitrariam* il suo scritto.

[2]) Gradenwitz, *loc. cit.*; Beseler, p. 76; Segrè, op. cit., 56. 63.

[3]) *Nouv. rev. hist.*, XXXIV, 157 sgg. Successivamente, l' osservazione è stata ripetuta a iosa, ed è inutile raccogliere citazioni: del resto, è evidente la con-

Non è questo il momento di prendere in esame il lungo § 8; contro il quale si sono del resto appuntate larghissime critiche. Interessante è, a questo punto, il constatare che la frase trascritta è la più sospetta: sia per l'inciso « et quidem - usurarum », che si riconnette notoriamente alla legislazione giustinianea su gl' interessi [1]) e spropositatamente confonde il concetto delle usurae con quello dell' id quod interest [2]); sia - e specialmente - per la scorrettissima espressione *in hanc arbitrariam*. La proposta di espungere tutta la frase ha dunque avuto meritata fortuna [3]).

Ancora senza il sostantivo l'aggettivo *arbitraria* ricompare in l. 10 (Paul. 4 *quae.*):

> Si post moram factam, quo minus Capuae solveretur, [*cum arbitraria vellet agere*,] fideiussor acceptus sit [*eius actionis nomine*], videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur nec sit in obligatione rell.

Anche qui, le due frasi che ho messe fra uncini si possono cancellare a occhi chiusi, pur senza accettare la larga critica istituita dal Biondi [4]). L'inciso « cum arbitraria vellet agere » non poteva appartenere al testo genuino: non solo bisognerebbe dargli, come fa il Beseler [5]), il sostantivo *formula*, ma bisognerebbe dare anche al *vellet* il soggetto che gli manca, e che non si trova nemmeno, salve le ultime parole manifestamente insiticie, nel lungo frammento, tutto costruito impersonalmente. Alla inserzione della frase citata, ben riconosciuta dal Biondi, corre parallela quella delle parole « eius actionis nomine », dirette a confermare ancora una volta la dottrina giustinianea.

Nemmeno offre difficoltà la l. 8:

nessione con l'uso dei greci, a cui l'articolo permetteva ben più spesso che ai latipi di sottintendere il sostantivo.

[1]) Da ciò l'emendazione « ultra centesimam », proposta da LENEL e KRUEGER, *ad h. l.*

[2]) Così BESELER, p. 83 sg.

[3]) La proposta è del NABER, p. 321: cfr. anche GRADENWITZ, p. 239; BIONDI, p. 47.

[4]) P. 63 sgg.: cfr. più oltre, n. 14.

[5]) P. 103, n. 2.

Centum Capuae dari stipulatus fideiussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, id est ut, si alibi quam Capuae petantur, *arbitraria agi debeat* lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi. nec oportebit rell.

Il sospetto del De Medio [1]), accolto dal Krüger (*ad h. l.*), che il brano « id est - solvi » sia tutto insiticio, è forse esagerato: tanto più che, dopo aver detto che il danaro si dovrà ripetere similiter ut ab ipso promissore, era naturale che Africano, il quale discorreva de stipulationibus, accennasse in qualche modo al meccanismo previsto sotto la rubrica de eo quod certo loco [2]). Tuttavia la frase che più ora ci interessa genera con la sua presenza una costruzione inammissibile. Si può ritenere che un classico abbia scritto « pecunia... *peti debebit ut*... arbitraria *agi debeat*... »? Ancora una volta, la menzione dell' a. arbitraria non può essere che insiticia, e il testo è da restituirsi così:

... id est ut, si alibi quam Capuae *petatur* (oppure: *centum* petantur), *locus in intentione adiciatur* (oppure *in intentione Capuae commemoratio fiat*) lisque tanti aestimetur rell.

Alla critica non poteva sfuggire nemmeno la l. 7 (Paul. 28 *ed.*):

In bonae fidei iudiciis, licet in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto vel vendito vel depositi actio competit, *non arbitraria actio*. - § 1. Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, *hac actione utendum erit*.

Oltre che le parole « non arbitraria actio » si rivelano già a primo aspetto male appiccicate, l' espressione « in bonae fidei *iudiciis*... *actio competit* » è così balorda, e così fuori dell'uso classico è lo *stipulari* nel senso di *promittere*, che solo argomento di discussione può essere la ricostruzione del genuino dettato del giurista. Il Beseler [3]) ricostruisce:

[1]) *Arch. giur.*, LXVIII, 211.

[2]) Un buon argomento formale trova il De-Medio nell'improvviso passaggio dal singolare *pecunia* al plurale *petantur*. Ma non c'è bisogno di supporre per questo una così vasta corruzione: può darsi benissimo che nella tradizione dei manoscritti di Africano o delle Pandette si sia inserita una *n* nel « petatur » originale, o che prima del verbo sia caduto un C (centum). Contro i sospetti del De-Medio v. anche Biondi, p. 39, n. 1 (cfr. già *Bull.*, XXI, 223, n. 3).

[3]) P. 66 sg.

In *incertis formulis*, etiamsi - praestetur, *loci non fit commemoratio*. si tamen certo loco *certum dari* quis stipulatus sit, *locum in intentione adicere debet.*

Ritiene invece il Longo [1]) che i compilatori, ai quali tutte le occasioni erano buone per insistere su le idee predilette, abbiano ricavato una regola generale su i b. f. iudicia da un testo che riguardava in origine l' a. depositi in factum. Nello stesso ordine d' idee, preferisco pensare che si trattasse di compra-vendita, e penso che la connessione del pr. col § 1, e la riduzione di questo a qualche cosa di diverso dal truismo che ora ci presenta, si ottenga riferendo il pr. alla mera vendita consensuale, il § 1 a una successiva stipulazione della tradizione della cosa venduta. Ma da una ricostruzione del testo mi astengo, anche perchè è molto dubbia la soluzione a cui il § 1 poteva pervenire relativamente alla supposta stipulatio rem tradi [2]).

Non sarebbe nemmeno da richiamare, a questo punto, la l. 4 § 1 (Ulp.):

> Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, *cum sit arbitraria*, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. quid enim si ibi vel oblata pecunia actori dicatur vel deposita vel ex facili solvenda? nonne debebit interdum absolvere? in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.

Non sarebbe - dico - da rilevare, perchè l' espressione *arbitraria* non è qui usata come denominazione tecnica della nostra azione, bensì come allusiva alla sua qualità di contenere una clausola de restituendo. Ma appunto a ragione di questa qualità, che alla nostra azione si attribuisce, il testo ha suscitato ben fondati sospetti. E, infatti, a parte i gravi indizii formali di corruzione che da ogni parte

[1]) *Studi senesi in onore di L. Moriani*, I, 207.

[2]) Che il testo si riferisse originariamente alla compra-vendita, è reso probabile anche dal modo in cui si ripresenta nei Basilici (24, 9, 7): Ἐὰν *ἐν τῇ πράσει* δόξει δοθῆναί τι ἔν τινι τόπῳ, οὐχ ἡ ἀρβιτραρία, ἀλλ' ἡ ἐπὶ τῆς πράσεως ἀγωγὴ ἁρμόζει. τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ τῶν λοιπῶν καλῇ πίστει ἀγωγῶν. ἐπὶ δὲ τῆς ἐπερωτήσεως ἡ ἀρβιτραρία κινεῖται. Tutte le inserzioni giustinianee sono ricevute nel testo greco; ma l' ordine delle materie lascia supporre che i greci abbiano avuto in qualche modo presente il brano classico, pur correggendolo in base alla compilazione.

si son rilevati, è ormai assolutamente da escludere che l'azione nostra abbia avuto una clausola de restituendo: il Lenel [1]) ha dato di ciò la dimostrazione più ampia e più luminosa. Ciò posto, non è il caso di insistere qui nel ripetere le altrui validissime argomentazioni contro la classicità di ciascuna frase ed affermazione [2]).

Su un punto occorre tuttavia soffermarsi. In fondo alle critiche del Riccobono, del Beseler, del Biondi, sta, fra l'altro, una interpretazione del procedimento dei compilatori, la quale potrebbe essere opposta come 'fin de non recevoir' a tutta la presente ricerca. Si ritiene appunto che in tanto i giustinianei abbiano potuto essere condotti a includere l'azione nostra nell'elenco delle arbitrarie, in quanto il nome di arbitraria le era dato - sia pure in altro senso - dai classici. Ma l'argomento, che avrebbe qualche forza ove la esegesi sin qui fatta avesse lasciato un residuo di dubbio, non ne può avere di fronte agli evidenti risultati già raggiunti. Il nome di *arbitraria* le nostre fonti lo hanno ricavato, certo per la formula de eo quod certo loco e forse anche per tutta la categoria delle azioni con clausola de restituendo, dal fatto che nelle opere dei giuristi o nelle formule si discorreva assai largamente di *arbitrium* e di *arbitratus*: anche per l'azione che studiamo, quest'uso risulta certissimo, e non può far meraviglia che i giustinianei vi si siano appigliati, poichè la riforma che venivano compiendo li obbligava a procedere da battezzatori. E, una volta somministrato il battesimo, nemmeno può far meraviglia che si siano visti costretti ad accumulare innovazioni su innovazioni e ad inserire la *loro* actio arbitraria nell'elenco delle azioni omonime: da ciò la creazione di tutto il fr. 4 § 1, elaborato giustinianeo dalla prima all'ultima parola.

Dei testi del titolo D. 13, 4, resta ormai la sola l. 2 pr.:

> *Arbitraria actio* utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei intersit, minoris fit pecuniae condemnatio quam intentum est, aut si actoris, maioris pecuniae fiat.

[1]) *Beiträge*, 70 sgg.; cfr. *Ed.*², 237 sg., e ivi citati.

[2]) Riccobono, *Bull. ist. dir. rom.*, XX, 102; Beseler, p. 76 sgg.; Biondi, p. 82 sgg. Convengo col Biondi (come conviene anche Krueger, negli *Addenda* alla 12 ediz. dei Digesti) nel ritenere tribonianeo tutto il § 1: quantunque non mi convinca l'argomento ch'egli ricava dall'esser nel testo considerato l'interesse del creditore.

Ma abbiamo già detto quali gravi ragioni escludano che Ulpiano abbia cominciato il suo commentario altrimenti che con la enunciazione della formula e con la successiva dichiarazione del § 1: « Haec *formula* ex illa stipulatione venit rell. »: e, se a questa conclusione pervenivamo partendo dal presupposto della inesistenza di una clausola edittale, è però da notare che la intempestività della dichiarazione posta in l. 2 pr. appare con altrettanta chiarezza anche a chi, come il Beseler [1]), ritiene la esistenza di un editto, e a chi, come il Biondi [2]), non si pronunzia su la questione [3]). Perchè infatti - come bene è stato osservato - sarebbe singolarissimo che Ulpiano, prima di dire ai suoi lettori di quale argomento si accingeva a trattare, ponesse un principio riguardo agli interessi sottoposti alla valutazione del giudice; e che questa svista egli non l'abbia commessa, è provato poi testualmente dal § 8, dove - iniziando il commento alla condemnatio - egli pone appunto ex novo la questione su i poteri del giudice e la valutazione degli interessi. E si ammetta pure col Beseler che il pr. sia stato dai compilatori non inventato di sana pianta, ma stralciato dalla sua originaria collocazione entro il brano che costituisce ora il § 8: anche ammettendo questo, resterà molto dubbio che il passo sia stato lasciato tal quale, anzi sarà quasi necessario congetturare che le parole *arbitraria actio* vi siano state messe apposta per dare al qualsiasi brano stralciato la costruzione di periodo autonomo. Ma è anche più probabile - e lo dimostra lo sforzo evidente nella ricostruzione letterale tentata dal Beseler - l'opinione del Biondi, che il pr. sia stato scritto tutto dai giustinianei [4]). Egli ne trova la ragione nell'aver voluto i compilatori mettere in viva luce la loro dottrina della duplice valutazione dell'interesse: pur accettando - con le notevoli modificazioni su cui presto insisterò - questo movente, credo che altrettanto decisivo sia stato pei giustinianei il bisogno di dichiarare subito il nome che per primi davano all'azione.

11. Fuori del titolo de eo q. c. l., il nome dell'a. arbitraria compare, come si è detto, soltanto in D. 13, 5, 16, 1 (Ulp. 17 *ed.*):

[1]) P. 114 sg.

[2]) P. 42 sg.

[3]) Cfr. già NABER, *Mnemosyne*, XXX, 321; GRADENWITZ, *Ztschr. Sav.-St.*, XXIV, 249.

[4]) Anche su questo punto sembra consentire il KRUEGER, negli *Addenda* citt.

Sed et certo loco et tempore constituere quis potest, nec solum eo loci posse eum petere, ubi constitutum est, *sed exemplo arbitrariae actioni* ubique potest.

Fra i testi delle Pandette che menzionano l'a. arbitraria, questo solo, ch'io sappia, non è mai stato sospettato. Ma questo speciale riguardo deriva, a mio avviso, piuttosto dalla indifferenza del testo di fronte alle singole questioni che finora sono state oggetto di studio a proposito dell'editto de eo quod certo loco, anzi che da una sua intrinseca superiorità di fronte agli altri.

Generalmente, nel nostro passo non si è trovato se non una dichiarazione di diritto materiale e di competenza: che cioè anche il constitutum possa contenere l'indicazione di un locus solutionis, e che in tal caso le pretese delle parti debbano essere valutate dal giudice secondo principii analoghi a quelli fissati sotto la rubrica de eo quod certo loco: le parole *exemplo arbitrariae actionis* avrebbero, secondo questa interpretazione, il valore di un semplice ricorso analogico.

Il Beseler [1]), invece, ha visto in quelle parole (e non poteva non vedervela, poichè operava come studioso del diritto classico) una indicazione del mezzo processuale per evitare, anche in materia di constitutum, l'ostacolo della plus petitio: la designazione del locus solutionis modificherebbe l'a. de pecunia constituta allo stesso modo in cui modifica la condictio certae creditae pecuniae; introducendo cioè nella intentio la menzione del locus, e trasformando la condemnatio nello stesso modo, qualunque esso sia, in cui si trasforma la condemnatio della condictio. E ciò porta il romanista di Kiel ad una ulteriore induzione: che cioè la condemnatio dell'azione normale de pecunia constituta fosse diretta non al quanti ea res est, ma alla somma di danaro dedotta in costituto.

La interpretazione, che trova il suo principale appoggio e movente nella tesi principale del Beseler sul campo di applicazione della pretesa a. arbitraria classica, ha da questo punto di vista qualche tendenza alla petitio principii. Tuttavia non è dubbio che il problema sia posto nei suoi veri termini: Ulpiano deve appunto essersi domandato come si atteggiasse il processo de constituta pecunia nei casi

[1]) P. 104 sgg.

in cui il constitutum avesse indicato il locus solutionis. Quale soluzione precisamente egli desse, non può indagarsi qui: soprattutto perchè è ancora in alto mare, secondo io penso, la ricerca intorno alla funzione del constitutum nel diritto materiale e processuale classico. In particolare, la interpretazione concreta del nostro passo dipende dalla risoluzione di un problema essenziale: se cioè il pretore abbia *ab initio* concessa un'azione in factum de pecunia constituta, o se invece non si sia per avventura operato riguardo al constitutum uno sviluppo analogo a quello che qui si va dimostrando in materia di stipulazione col locus solutionis. A questo problema, che molti altri ne involge di fondamentali, mi riservo di cercare, nel seguito di questi studii formulari, la soluzione adeguata: quale sia quella verso la quale propendo, è abbastanza chiaro per quanto ho detto.

In ogni modo, mi pare evidente che Ulpiano non abbia potuto esprimere la soluzione del quesito con le parole vaghe che ora leggiamo in l. 16 § 1. E che egli non abbia scritto così, è chiaro anche per altre ragioni, sostanziali e grammaticali. Le parole *et tempore* non hanno potuto essere scritte da un classico: esse trasformano in elemento accidentale quello che è essenziale del constitutum, e devono essere messe in conto della notata tendenza compilatoria a unificare le regole del dies e quelle del locus solutionis. Formalmente, il passaggio dal discorso diretto all'indiretto, senza nessun verbo finito che regga l'infinito *posse*, e il nuovo subitaneo passaggio dall'indiretto al diretto, sono segni non dubbi di rimaneggiamento; e anche l'*ubi constitutum est*, nel senso in cui è usato, non è proprio. Nelle parole *exemplo arbitrariae actionis*, prese in sè e per sè, nessun decisivo indizio d'interpolazione potrebbe ritrovarsi [1]); ma, oltre alla legittima su-

[1]) In ogni modo, è da osservare che nel linguaggio dei compilatori è frequente, a indicare la estensione analogica di questo o quel rimedio giuridico, la espressione *exemplo* o *ad exemplum*. In particolare, per le locuzioni *actionem dare, agere, petere posse exemplo* s. *ad exemplum actionis*, trovo citati in HEUMANN-SECKEL[9], *h. v.*, i seguenti passi: α) D. 3, 5, 30 (31) pr. (.... scilicet *ad exemplum institoriae actionis*): 14, 3, 19 pr. (... utilis *ad exemplum institoriae dabitur* actio); 19, 1, 13, 25 (...utili actione *ad exemplum institoriae actionis*...) - tutti testi la cui corruzione è stata dimostrata da ALBERTARIO, *L'a. quasi-institoria* (Pavia 1912); β) D. 14, 3, 7, 1 (... nam et si mulier praeposuit competet institoria *exemplo exercitoriae actionis* ...): il testo, che è molto prossimo agli altri su l'a. quasi institoria, corrotti come si è visto, genera forti dubbii; anche perchè le parole *item quisquis praeposuit* restano sospese in aria, e il periodetto finale

spicione che deriva da tutto quanto si è avuto modo di osservare finora, fa grande impressione il fatto, che di quelle parole nessuna traccia si trovi nei Basilici (26, 7, 16). I quali hanno:

> Καὶ εἰς δῆλον τόπον καὶ τὸν χρόνον δυνατὸν ἀντιφωνεῖν· *καὶ ἐνάγεται πανταχοῦ τῇ τῆς ἀντιφωνήσεως ἀγωγῇ.*

Probabilmente, neppure questa redazione corrisponde esattamente al dettato genuino di Ulpiano: le parole καὶ τὸν χρόνον, che nella redazione latina (*et tempore*) si rivelano insiticie per ragioni sostanziali, qui stonano anche formalmente; onde la emendazione ῥητὸν χρόνον, proposta dallo Heimbach, ma non appoggiata per altro dai manoscritti. Anche qui, dunque, è da congetturare che il testo greco sia stato da prima foggiato su l'originale classico, poi corretto secondo la compilazione. Ma appunto questa parziale correzione costituisce un forte appoggio per sostenere la classicità di tutto l'insieme; e la mancanza delle parole *exemplo arbitrariae actionis* diviene così un grave argomento per escludere che fossero contenute nel passo ulpianeo [1]).

(*sed et* rell.) si riattacca direttamente al primo, in modo da far supporre che il brano intermedio (*item-ipsa*) non sia stato scritto da Ulpiano; γ) D. 9, 3, 5, 12: «... Servius respondit *ad exemplum huius actionis dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse*», dove l'evidente sforzo lascia supporre che il giurista abbia scritto: «*in factum* dari oportere actionem»; δ) D. 27, 6, 9 pr.: «*Huius actionis exemplo* Pomponius ... scribit dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius»; dove è più probabile che Ulpiano abbia scritto «huius *edicti* exemplo». Un'analoga interpolazione è quella del C. 8, 4, 2 (*ad vv.* exemplo interdicti): cfr. ALBERTARIO, *Riv. ital. sc. giur.*, LII, 47.

La preferenza dei compilatori per le espressioni *exemplo* e *ad exemplum* risulta anche in altre locuzioni. Cito, sempre in base ad HEUMANN-SECKEL, D, 43, 18, 1, 9 (... *ad exemplum earum*, quae ipso iure constitutae sunt...), un testo che suscita, come tutti quelli riguardanti la superficie, gravi sospetti (cfr. da ultimo SEGRÈ, *Mél. Girard*, II, 539, n. 1) e i testi che con la stessa stereotipa formula avvicinano la donatio mortis causa ai legati (D. 6, 2, 2; 31, 77, 1; 39, 6, 15), passi anche questi gravemente corrotti (cfr. CUGIA, *L'espressione mortis causa*, 60 sgg., in senso ancora troppo conservativo).

Osservazioni analoghe sulla costruzione in parola ha il SEGRÈ, *loc. cit.*, 582 sg., il quale appunta anche per questo motivo il D. 8, 5, 2 pr. (... ad exemplum earum [*scil.* actionum] quae de usufructu pertinent).

[1]) Così il testo ora esaminato, come il confronto già istituito fra D. 13, 4, 7 e il luogo corrispondente dei Basilici, mi sembrano fra le prove più limpide della nota attitudine delle fonti greco-romane a darci talvolta qualche lume per la ricerca del diritto classico (cfr. sul criterio metodologico RICCOBONO, *Mélanges Fitting*, II, 465 sgg.). Un elenco delle principali applicazioni già fatte può ora ve-

12. Tuttavia un testo vi è, in cui la denominazione dell' a. arbitraria si presenta scompagnata da qualsiasi evidente indizio di corruzione. Accenno al C. 3, 18, 1 [Alessandro Severo]:

> Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, *arbitraria actione* et in alio loco potest conveniri: in qua venit aestimatio, quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo in quo petitur solvi.

Solo potrebbe suscitare qualche dubbio la forma della costituzione, la quale, mentre si presenta nella intestazione come un rescritto e dovrebbe quindi contenere la risoluzione di un caso concreto, contiene invece una dichiarazione di ordine generale, redatta in modo del tutto impersonale, e senza accenno al punto sul quale l'interrogante era in dubbio. Ma non è questo l' argomento che mi convince della interpolazione; i compilatori potrebbero benissimo avere stralciato, a scopo di completezza legislativa, quello che era originariamente un inciso di un più vasto rescritto di Alessandro. Mi pare in-

dersi in PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten* [= *Berichte der kgl. sächs. Gesellsch. der Wiss.*, Phil.-hist. kl., LXV, 1], 36 sg. Ma il PETERS prende decisamente partito contro l'opinione qui accolta: le notevoli varianti, che presentano a questo riguardo i Basilici in confronto coi Digesti, dipenderebbero dal fatto che l'Anonimo ebbe presente, nel preparare la sua *Digestenkatene*, un manoscritto dei Digesti diverso dal fiorentino. Se anche ciò fosse provato, non sarebbe tolta ogni utilità al confronto; poichè questa congettura del PETERS condurrebbe all' opinione, che i manoscritti delle Pandette fossero già in epoca giustinianea assai divergenti su molti punti, e una tale divergenza potrebbe appunto trovare in più casi la sua spiegazione nelle condizioni in cui i manoscritti delle opere classiche sarebbero stati ridotti dalle cancellazioni e dalle aggiunte degli interpolatori. Il fenomeno, che in più luoghi i greci siano più fedeli dei giustinianei ai modelli classici, mi pare, per gli esempi che ne sono stati dati, innegabile. D' altronde, nell' ordine d' idee che ora il PETERS sostiene riguardo alla formazione dei Digesti, la conformità di molti passi dei Basilici ai modelli classici troverebbe la sua spiegazione molto più facilmente che in base alla ipotesi bluhmiana. Se si ammette che prima di Giustiniano dei compilatori privati abbiano già preparato, in tutto o in parte, i Digesti, e che appunto questi Digesti pregiustinianei siano ricordati nella c. Omnem § 3 e commentati nelle παραγραφαί di Teofilo, se si vede perfino una traduzione annotata di questa prima compilazione nel noto PSI. I 55, si può anche supporre che l'Anonimo abbia trovato nell' uso della scuola costantinopolitana i più prossimi modelli della sua opera. Si noti che i testi esaminati in questo studio sono tutti nell' àmbito dei primi diciannove libri, i soli pei quali - a mio avviso - il PETERS abbia dato qualche probabilità alla sua tesi generale.

vece che la larga critica istituita su ciascun testo delle istituzioni e delle Pandette, e la prova decisiva che di ogni singolo rimaneggiamento si è potuta dare, legittimino a ritenere spurio anche questo passo. Quale fosse il contenuto preciso del rescritto originario di Alessandro, non sappiamo e forse non sapremo mai; ma è certo che da una decisione di questione particolare i compilatori hanno preso le mosse per collocare anche nel sistema del codice la loro actio arbitraria.

13 Le conclusioni a cui siamo arrivati sul rapporto fra l'a. arbitraria e la condictio possono dar luogo a molteplici corollari. Può infatti affermarsi con sicurezza che, nell'epoca classica, anche per chi agisca o sia convenuto adiecto loco valgono le regole speciali della condictio: principalmente quelle relative al giuramento e alla sponsio e restipulatio tertiae partis. La negazione di questo era legittima, finchè si riteneva che anche per i classici l' a. arbitraria avesse avuto una sua denominazione e un suo modo di essere autonomo [1]; ora l'affermazione s'impone, poichè dalle fonti giustinianee si è sceverato su questo punto l' insegnamento dei classici.

Ma le nostre conclusioni non sono prive d'importanza nemmeno per la ricostruzione della formula. Anzitutto, perchè mettono fuori dubbio quella conceptio della intentio, che dal Lenel in qua è già per diverse ragioni accolta dalla communis opinio, e che ora deve ritenersi decisamente provata [2]. Avremo dunque, secondo i casi, « si paret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} sestertium X milia *Ephesi* dare oportere » (cond. certae creditae pecuniae adiecto loco), oppure « si paret N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} tritici modios C *Ephesi* d. o. » (condictio certae rei adiecto loco).

Nè i risultati possono essere, secondo io penso, trascurabili per la controversa restituzione della condemnatio. Poichè, se i classici consideravano il rimedio proposto dal pretore come consistente soltanto in un agere adiecto loco contrapposto a un pure agere, se non hanno creduto di costruirlo come concessione di azione autonoma, ciò lascia supporre che in nessuna parte della formula fossero troppo notevoli divergenze dalla condictio normale.

[1]) In questo senso, contro il DERNBURG (*Pand.* I § 133 n. 2), che ammetteva la sponsio e la restipulatio, aveva ragione il LENEL (*Ed.*², 237, n. 4) di invocare il silenzio delle fonti.

[2]) Contro gli scrittori che ammettevano una f. in factum non è dunque più il caso di polemizzare: cfr. del resto LENEL, *Ed.*², 231, e con lui tutti i più recenti.

È chiaro che la supposizione che qui affaccio è in contrasto con la tendenza dominante nei più recenti studi su l'argomento: è oggi infatti opinione comune che la condemnatio dell'a. arbitraria fosse elaborata e complessa, e invitasse esplicitamente il giudice a tener conto, nel fissare la somma della condanna, dell'interesse delle parti a pagare o ad esser pagate nel luogo stabilito. In questo ordine d'idee si muovono le due ricostruzioni principali che si contendono il campo: quella del Rudorff[1]), che ha

> ... quanti alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tantae pecuniae iudex N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.;

e quella del Lenel[2]):

> ... N^m N^m A^o A^o sestertium X milia aut, si quid alterutrius interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve c. s. n. p. a.

Alla formula del Rudorff accede sostanzialmente il Beseler (p. 90 e sgg.); salvo che, fermo al concetto che la c. d. actio arbitraria trovi applicazione solo per i debiti di danaro, suppone che, in tema di certa res, basti la formula normale della condictio, modificatasi dalla adiectio loci, ma con la solita condanna al quanti ea res erit.

Il Biondi invece (p. 99 sgg.) accede alla ricostruzione leneliana, modificandola tuttavia con la esplicita menzione dell'arbitrium iudicis e con la eliminazione dell'interesse del creditore. Egli propone, dunque:

> ... iudex N^m N^m A^o A^o decem aut si quid, arbitrio tuo aestimatum, N^i N^i interfuerit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto minoris c. s. n. p. a.

A base di tutte queste ricostruzioni sta anzitutto, secondo mi pare, una tendenza degli studiosi a includere negli schemi formulari qualunque direzione interpretativa si riveli unanimamente ricevuta nella dottrina classica. E, almeno in qualcuno fra gli studiosi che ho

[1]) *Edictum*, 106.

[2]) *Ed.*², 234 sgg. Mi limito a indicare queste due ricostruzioni preferite: un lungo elenco dei molteplici tentativi precedenti e susseguenti offre il LEONI, apd. GLUECK, *Commentario*, XIII, p. 85 sgg.

ricordati, fa anche difetto una critica delle dichiarazioni delle fonti relative agli interessi delle parti e alla loro valutazione.

E certo, se in base ad una qualunque tra le formule indicate vogliamo spiegare le diverse attestazioni delle fonti su la valutazione degli interessi, non possiamo non restare perplessi. Mentre la c. 3. 18. 1, *ad verba*:

> ... in qua venit aestimatio, *quod alterutrius interfuit* suo loco potius quam in eo in quo petitur solvi,

costituisce la base fondamentale per le ricostruzioni del Rudorff e del Lenel; mentre a queste ricostruzioni corrisponde anche nei Digesti la l. 2 pr. e qualche parte della l. 8 (... lisque tanti aestimetur, *quanti eius vel actoris interfuerit* rell.); - vi sono invece altri testi che mettono in luce il solo interesse del creditore, come la l. 8 cit. i. f:

> ... officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, *quanti actoris intersit* rell.;

ed altri ancora che sembrano conoscere il solo interesse del debitore, come il famoso passo delle istituzioni (4. 6. 33 *c*) e la corrispondente parafrasi. Ora, queste diverse dichiarazioni testuali sono per sè stesse spiegabilissime, se si ritiene che i giuristi rilevassero di preferenza, secondo le caratteristiche di ciascuna fattispecie, questa o quella direzione dell'arbitrium iudicis; non si spiegano invece, senza sforzare oltre il lecito il significato di ciascun testo, quando si voglia ritenere che gl'interessi da valutarsi fossero fissati nella formula.

Decisivo poi sembra l'argomento che può ricavarsi, contro tutte le ricostruzioni citate, del passo di Ulpiano in D. 13, 4, 2, 8:

> Nunc de officio iudicis huius actionis (*formulae* Ulp.) loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem rell.

Ognuno vede che tutto il passo (scritto proprio come commento alla condemnatio) suppone che la formula non limitasse affatto l'arbitrio del giudice nella determinazione della condanna. E ciò osta così

alla tesi del Lenel come a quella del Biondi: alla prima, perchè l'interesse dell'attore vi sarebbe stato compreso, e quindi impossibile il dubbio; alla seconda, perchè il tassativo richiamo dell'interesse del convenuto avrebbe escluso ogni riguardo a quello dell'altra parte.

Naturalmente e il Lenel e il Biondi hanno visto l'ostacolo, e si sono adoperati a rimuoverlo. Il Lenel [1]) suppone che Ulpiano non ricordi qui Giuliano come scrittore, ma come redattore dell'Editto: in questo Giuliano avrebbe operato una modificazione, sostituendo, per dir brevemente, alla formula del Biondi quella del Lenel. Ma che con una espressione come quella usata nella l. 2 § 8 si sia voluto indicare una innovazione legislativa, sembra assai difficile ammettere [2]), e tanto meno si capisce come quella, che sarebbe stata nel secolo II dell'impero una innovazione di Giuliano, abbia potuto essere anteriormente una *opinio* (cioè una soluzione pratica, de iure condito) di Labeone.

Per il Biondi, invece, la ricostruzione ch'egli propone della formula costituisce la conclusione massima del libro, tutto diretto a mostrare come il diritto classico limitasse il potere del giudice alla valutazione dell'interesse del debitore, e come sia dovuto ai giustinianei il gran passo che le Pandette attribuiscono a Giuliano. Questa trasformazione darebbe ampio conto di tutte le contraddizioni che i testi presentano, e almeno in parte toglierebbe valore a quanto fin qui si è detto contro l'indirizzo generalmente seguìto nella ricostruzione della formula. Da questo punto di vista, sarà necessario riprendere brevemente in esame la tesi del Biondi.

14. Contro questa tesi stanno principalmente due testi, indubitabilmente genuini, ai quali il Biondi non ha posto mente: D. 13, 4, 9 (Ulp. 47 *Sab.*):

> Is qui certo loco dare promittit nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest;

e D. 46, 1, 16, 1 (Iul. 53 *dig.*):

> Qui certo loco dari promisit, aliquatenus duriori condicioni obligatur, quam si pure interrogatus fuisset: nullo enim alio loco,

[1]) *Ed.*², p. 235.

[2]) Bene, in questo senso, BIONDI, p. 50.

quam in quem promisit, solvere invito stipulatore potest. quare si reum pure interrogavero et fideiussorem cum adiectione loci accepero, non obligabitur fideiussor.

I due testi, dai quali già il Beseler[1]) ha indotto una diversa considerazione del dies e del locus solutionis e la correlativa interpolazione di D. 45, 1, 137, 2, sono concordi nell'ammettere che lo stipulante non sia tenuto ad accettare il pagamento fuori del locus solutionis: da questa osservazione generale, ripetuta alla lettera anche da Ulpiano, Giuliano trae l'ulteriore corollario, che un fideiussore aggiunto con adiectio loci ad una stipulazione pura sarebbe f. i. in duriorem causam. Ora, queste dichiarazioni possono avere un significato soltanto quando si ammetta una valutazione dell'interesse dell attore nella condanna dell'azione adiecto loco. Se questo interesse non fosse valutato, a che cosa servirebbe per il creditore il rifiuto del pagamento in altro luogo? Rifiutato il pagamento, non gli resterebbe che agire adiecto loco, con la prospettiva di ottenere al massimo quella stessa somma che avesse rifiutato, ma col fondato timore di ottenere anche meno, in considerazione dell'eventuale interesse del debitore: un bellissimo risultato, in verità! Un creditore sensato rifiuterà invece il pagamento soltanto quando possa sperare che un processo gli procuri di più; e un giurista sensato affermerà soltanto allora la facoltà di rifiutarlo. E lo stesso si dica per l'applicazione che Giuliano fa al caso della fideiussione: il fideiussore adiecto loco sarà in duriorem causam, non perchè il creditore potrà respingere il pagamento in altro luogo, ma perchè intentando l'azione potrà in ultima analisi evincere a lui fideiussore una somma maggiore di quella dedotta nella obbligazione principale. Secondo la dottrina del Biondi la fideiussione con adiectio loci sarebbe in leviorem causam, e quindi perfettamente legale[2]).

[1]) P. 96 sg.

[2]) La l. 16 continua (§ 2): «Sed et si reus Romae constitutus Capuae dari promiserit, fideiussor Ephesi, perinde non obligabitur fideiussor, ac si reus sub condicione promisisset, fideiussor autem in diem certam vel pure promisisset». Credo che il testo, astruso a prima vista, si fondi sul presupposto della residenza del fideiussore ad Efeso (presupposto che forse era espresso ed è caduto per omoioteleuto: «fideiussor Ephesi *constitutus Ephesi*»), e che Giuliano consideri la normale esplicazione dei rapporti: il creditore sarà più facilmente spinto ad escutere il fideiussore, per non essere costretto a perder tempo nè a tentar l'alea dell'arbitrium iudicis.

Tutto ciò è chiaro; e tanto più chiaro diventa quando lo si trova riaffermato ad esuberanza in altri passi. In D. 45, 1, 122 pr. Scevola presenta il caso della offerta di pagamento a Roma per la somma che doveva essere prestata in longinqua provincia:

> ... quaesitum est, cum in integrum [1]) summam, qua stipulatione obligatus est, optulerit, an eo loco, in quo solvenda promissa est, sua die integra peti posset. respondit posse stipulatorem sua die ibi, ubi solvendam stipulatus est, petere.

E Ulpiano (27 *ed.*) riproduce lo stesso insegnamento in D. 13, 4, 2, 7, proprio commentando l'intentio adiecto loco:

> Idem Iulianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit intendere dari sibi oportere. et Iulianus scribit liberationem non contigisse rell.

E finalmente Diocleziano e Massimiano, rescrivendo nell'anno 286, dichiarano (C. 8, 43, 9):

> Obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere manifestum est. *sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco, quo debetur, solutio fuerit celebrata* [2]).

Ma lo stato delle fonti ci permette anche di stringer da presso questa valutazione dell'interesse del creditore, di vedere in qual modo i giuristi la intendessero e la mettessero in rapporto coi principii generali delle obbligazioni. Sono decisive a questo riguardo la l. 8 e la l. 10 *h t.*

D. 13, 4, 8 (Afr. 3 *quae.*):

[1]) Il Mommsen (*ad h. l.*) propone, in base a quanto precede, di correggere *nec integram*. Non credo necessaria questa correzione; ma in ogni modo, se anche la si dovesse accettare, non si dovrebbe dedurne a contrario che l'offerta della somma intera obblighi il creditore ad accettarla: gli altri testi citati parlano assai chiaramente contro la ricevibilità di una argomentazione cosiffatta.

[2]) Il *celebrari* in senso di *perficere* è notoriamente sempre interpolato nelle Pandette (Gradenwitz, *Interpol.*, 72 sgg.); ma può esser genuino in una costituzione come la nostra, che appartiene già all'epoca romano-ellenica.

Centum Capuae dari stipulatus fideiussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, id est ut, si alibi quam Capuae petantur, *in intentione Capuae commemoratio fiat* [arbitraria agi debeat *Trib.*] lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi. nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri: neque enim haec causa recte comparabitur obligationi usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est, circa cuius exsecutionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur. eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutam esse.

Come ora lo leggiamo, il testo dichiara esplicitamente, all'inizio, che il giudice debba valutare gli interessi di entrambe le parti, mentre nella chiusa ricorda il solo interesse dell'attore. Secondo il Biondi [1]), il ricordo dell'interesse dell'attore deriverebbe in entrambi i casi dai compilatori: all'inizio Africano avrebbe scritto non « eius (*scil.* fideiussoris) vel actoris » ma « eius vel debitoris », e alla fine non avrebbe scritto « actoris » ma « debitoris ». E la prova di ciò sarebbe data dal testo dei Basilici (24, 9, 8), nella cui chiusa non è nominato nè l'attore nè il convenuto, mentre all'inizio si dice:... σκοπεῖται καὶ αὐτοῦ καὶ τοῦ πρωτοτύπου τὸ διαφέρον. La summa greca sarebbe qui, come in tanti altri casi, più conforme al diritto classico che il passo dei Digesti; e tutto il testo di Africano, interpretato secondo la direzione così segnata, sarebbe la miglior prova della irrilevanza dell'interesse del creditore in epoca classica.

La congettura è assai suggestiva; ma non regge. Che le fonti greche si tengano spesso più vicino ai modelli classici che ai giustinianei, è notorio; ma è altrettanto notorio che molte volte (anzi, il più delle volte) vi si trovino seguite e sviluppate le tendenze segnate nella compilazione. Astrattamente, sono dunque proponibili entrambe le ipotesi: che i giustinianei abbiano inventato l'interesse del creditore

[1]) *Bull.*, XXI, 222 sgg.; *Dottr rom.*, 57 sgg.

e che questa invenzione non sia stata raccolta dal traduttore, come il B. suppone; o che Africano menzionasse appunto il solo interesse del creditore, e che la dottrina opposta dell' interesse del debitore, introdotta dapprima con un timido *eius vel* dai compilatori giustinianei, sia stata recisamente affermata dai redattori dei Basilici. Per scegliere fra le due ipotesi, non c' è altra via che di esaminare tutto l' insieme del testo di Africano.

Ora, che questo sia tutto intonato su l' interesse del creditore, è opinione comune [1]): se può fare impressione in senso contrario la frase « nec oportebit... obligationem fideiussoris augeri », ciò avviene solo quando non si esamina a fondo il significato di questa frase, in correlazione con quanto precede e con quanto segue. Il significato del passo, veramente prezioso per il nostro tema, è stato determinato nella parte essenziale dal Beseler [2]): ma, poichè questa interpretazione ha avuto finora poca fortuna, sarà opportuno l' insistervi.

Africano, che dal suo maestro ha appreso doversi valutare l' interesse del creditore, comincia col ripetere questo insegnamento. Ma qui sorge una grave questione: come dovrà intendersi la valutazione dell' interesse? forse che l'obbligazione del debitore, e per riflesso quella del fideiussore, si accrescerà in seguito alla mora? Ciò sarebbe strano: l'azione spettante al creditore, per quanto modificata con la loci adiectio, è e resta un'azione di stretto diritto, e le azioni di stretto diritto non ammettono interessi moratorii. A questa, che potrebbe sembrare grave obbiezione, Africano risponde decisamente e precisamente: la mora, il fatto che « per debitorem steterit quo minus tota centum Capuae solverentur », non ha nessuna rilevanza; l'obbligazione del fideiussore non si accresce, anzi resta limitata alla somma di danaro dedotta in contratto: soltanto, se il creditore intenti l'azione fuori del locus solutionis, questa obbligazione non può dar luogo a una condanna nella pura e semplice somma dedotta in contratto, ma deve essere valutata secondo l' interesse che il creditore aveva ad esser pagato nel luogo stabilito. Le famose parole « nec oporte-

(1) Così, oltre gli autori citati dal Biondi, anche, ultimamente, Segrè, *Mél. Girard*, II, 566, n. 2; Beseler, *Beiträge*, II, 169 sg. Il Beseler, tuttavia, avverte che la parte del passo da *nec oportebit* in poi potrebbe essere interpolata; ma riconosce la classicità perfetta della sua forma.

(2) P. 101 sg.

bit... obligationem fideiussoris augeri » non debbono intendersi nel senso, che il fideiussore non possa essere condannato a una somma maggiore, ma nel senso che l'aumento della condanna non implichi un augmentum obligationis [1]). A meglio precisare questa costruzione teorica, serve il confronto con la obligatio usurarum; il quale sarebbe privo di senso comune, se il giurista volesse negare un aumento di condanna, mentre acquista valore decisivo dalla interpretazione già esposta delle parole precedenti. L'obligatio usurarum presenta appunto il fenomeno di un aumento della obbligazione principale, aumento che grava sul fideiussore solo se questi abbia acceduto ad entrambe le stipulazioni da cui deriva il credito usurario: nel caso nostro una è la stipulazione, una per conseguenza - e incapace di aumento - la obbligazione, e l'eccedenza della somma della condanna su quella dedotta in contratto ha il suo unico fondamento nel potere di valutazione attribuito al giudice. Dalla costruzione teorica così disegnata derivano conseguenze pratiche: se dopo un indugio nell'esecuzione della obbligazione (*post moram factam*) [2]) il debitore abbia pagato una parte del debito, il giudice dovrà valutare l'interesse loci soltanto su la parte restante, per la quale l'azione si intenta: se invece si trattasse di obligatio usurarum, la condanna comprenderebbe, oltre la parte del capitale non pagata, anche le usure per questa e per l'altra parte; e, se si trattasse di obbligazione suscettibile di interessi moratorii, anche questi sarebbero dovuti così sulla parte pagata (fino al giorno in cui avvenne il pagamento) come sulla parte non pagata (fino al giorno della sentenza) [3]).

Solo così il testo di Africano appare logicamente perfetto, anzi completa l'insegnamento che da altri testi abbiamo attinto, meglio precisando il principio della valutazione dell'interesse del creditore. La quale non ha nulla a che fare con la dottrina della mora; anzi rappresenta soltanto il risarcimento del danno obbiettivamente sof-

[1]) BESELER, p. 102, parafrasa: « Auch der Bürge wird mit der Abschätzungsklage belangt. Das zwingt nicht etwa, die obligatio des Bürgenzu steigern ». Egregiamente: ma non perciò vanno eliminate, come BESELER propone, le parole « quod forte per debitorem steterit rell. », nelle quali Africano riferiva la eventuale argomentazione di chi avesse voluto riconoscere l'augmentum obligationis.

[2]) « Sogenannte objektive mora »: BESELER, p. 102; HASENBALG, ivi cit.

[3]) Come si vede, ritengo che Africano non faccia a questo riguardo distinzione tra il fideiussore e l'obbligato principale: contro BESELER, loc. cit.

ferto dal creditore, per non essere stato pagato nel luogo stabilito. La chiara dizione africanea è stata turbata soltanto dall'inserzione compilatoria delle parole *eius vel*; le quali hanno poi aperta la strada alla più decisa falsificazione dei Basilici.

L'interpretazione data della l. 8 è fermamente ribadita dalla l. 10 (Paul. 4 [3?] *quae*):

> Si post moram factam, quo minus Capuae solveretur, [cum arbitraria vellet agere,] fideiussor acceptus sit [eius actionis nomine], videamus, ne ea pecunia, quae ex sententia iudicis accedere potest, non debeatur nec sit in obligatione, adeo ut nunc quoque sorte soluta vel si Capuae petatur, arbitrium iudicis cesset: nisi si quis dicat, si iudex centum et viginti condemnare debuerit, centum solutis ex universitate, tam ex sorte quam ex poena solutum videri, ut supersit petitio eius quod excedit ex sorte, et accedat poena pro eadem quantitate. quod non puto admittendum [tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remisisse poenam videtur].

Per la interpolazione delle parole *cum-agere* e *eius-nomine* vedi sopra, num. 10. — Il resto mi par chiaro. Paolo si pone la questione che anche Africano si era posta, se cioè quel tanto, onde la condanna può eccedere la somma dedotta in stipulazione, sia anch'esso *in obligatione*, se cioè, per dirla con Africano, *obligatio fideiussoris augetur*. E risponde, come aveva risposto Africano, negativamente. Da ciò una ulteriore conseguenza: se il creditore, anche dopo un indugio del debitore nella esecuzione, accetti il pagamento, non gli resterà azione per domandare l'eventuale di più che il giudice gli avrebbe attribuito. Anche qui interviene un ipotetico contraddittore, il quale oppone che la somma pagata, sebbene per avventura corrisponda a quella dedotta in stipulazione, debba intendersi come parte della somma globale che il giudice potrebbe fissare nella condanna; onde la legittimazione del creditore ad agire per il resto. Ma anche questo ipotetico contraddittore è respinto da Paolo, per la ragione già posta, che cioè l'eccedenza di condanna non è *in obligatione* [1]).

[1]) A questa giustificazione il nostro testo ne aggiunge un'altra, cioè una presunzione di remissione della poena: credo col Beseler (p. 103 sg.) che questa aggiunta sia dovuta ai compilatori. Non so invece accordarmi col Beseler nella

Per la nostra questione ha grandissima importanza anche la l. 2 § 7 *h. t.*:

> Idem Iulianus tractat, an is, qui Ephesi sibi aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit intendere sibi dari oportere. et Iulianus scribit liberationem non contigisse [atque ideo posse peti quod interest]. Marcellus autem et alias tractat et apud Iulianum notat posse dici, et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogar: plane si non contigit liberatio, dicendum ait superesse petitionem integrae summae, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. [sed mihi videtur summae solutio distare a fabrica insulae et ideo quod interest solum petendum].

Se fosse vero quel che il testo ci dice, se cioè, dopo un pagamento eseguito alibi nelle mani dell'adiectus solutionis causa, potesse il creditore agire per il solo id quod interest, la dottrina dell' interesse del creditore avrebbe qui la più formale attestazione. Ma i due brani segnati fra parentesi sono dovuti ai compilatori: la piena ed elegante dimostrazione che il Biondi ne ha dato non consente discussioni [1]). Perchè è chiaro che l' intentio della formula adiecto loco, che è poi

ricostruzione della fattispecie posta dal giurista: evidentemente, le parole *cum arbitraria vellet agere* ed *eius actionis nomine*, dal Beseler considerate genuine, lo hanno tratto in errore. Altre manipolazioni suppongono, senza ragioni sufficienti, Beseler stesso e Naber, *Mnemosyne*, XXX, 351.

Il Biondi (p. 63 sgg.) propone la congettura, che la l. 10 trattasse originariamente d' un giudizio di buona fede, e dei relativi interessi moratorii, e che dai compilatori sia stata trasportata al tema dell'a. arbitraria (d'accordo Krueger, nei citati *Addenda*, *ad h. t.*). Il fondamento primo della congettura sarebbe nella antitesi con la l. 8, secondo l' interpretazione che il Biondi ne dà; ma è appunto questa interpretazione che, come si è visto, non regge. Resta la *inscriptio* dei Digesti, che cita il libro quarto delle *quaestiones* (relativo ai giudizi di buona fede) e non il terzo (dove si commenta il titolo *de rebus creditis*). Ma ritengo che la lieve svista supposta dal Lenel (IIII invece di III) sia abbastanza facile ad ammettere; e d' altronde anche a proposito di giudizi di buona fede (ad esempio, del mandatum pecuniae credendae) Paolo poteva esser tratto a parlare di fideiussione.

[1]) Biondi, p. 69 sgg. Ivi è fatta giustizia della singolare ipotesi del Beseler (p. 98 sgg), che Giuliano, e con lui Ulpiano, ricordassero la concessione di una apposita a. in factum edittale; della quale azione (a quel che sembra) Marcello si sarebbe dimenticato!

' intentio della condictio, non può dedurre in giudizio che la somma dovuta. Tuttavia, anche così restituito, il testo depone in favore della valutazione dell' interesse del creditore, anzi costituisce l'anello di congiunzione fra l' insegnamento di Giuliano in D. 46, 1, 16, 1 e quello di Africano in D. 13, 4, 8. Riassumendo l' insegnamento dei giuristi, potremo concludere: *il creditore non è obbligato ad accettare il pagamento fuori del locus solutionis* (Giuliano, l. 16 § 1), *e un pagamento da lui non accettato, non essendo valido* (Giuliano l. 2 § 7), *lascia intatta l'azione adiecto loco* (Marcello *h. l.*); *in seguito alla quale la condanna si aumenta dell'interesse del creditore ad esser pagato nel luogo stabilito* (Africano, l. 8; Paolo, l. 10).

È nello stesso ordine di idee la l. 4 pr. (Ulp. 27 *ed.*):

> Quod si Ephesi petetur, *ipsa sola summa petetur* nec amplius quid, nisi si quid esset stipulatus vel si temporis utilitas intervenit.

Sono disposto a riconoscere col Naber che tutto il brano da *nec amplius* alla fine sia corrotto [1]: dal *nisi* in poi la corruzione salta agli occhi, ma anche le parole *nec amplius quid* costituiscono una inutile ridondanza. Non credo però che l'allusione all' interesse del creditore sia soltanto in questa parte: anche le parole *ipsa sola summa petetur* accennano al fatto che, agendo adiecto loco, si può conseguire di più della somma stipulata. Bisognerebbe dunque, perchè il testo fosse favorevole alla tesi del Biondi, ritenere insiticio anche il *sola*; ma ciò si potrebbe congetturare soltanto quando si avessero saldi argomenti a sostegno di quella tesi.

15. Per attaccare infatti la conclusione che dai testi commentati, molteplici e decisivi, discende, bisognerebbe che almeno altri testi, indiscutibilmente classici, affermassero decisamente la valutazione del solo interesse del debitore: anzi, di fronte alla fresca ed elegante classicità di quelli esaminati, qualunque luogo contrario servirebbe solo a creare dei dubbii inestricabili. Ma luoghi di questo genere non ve ne sono.

[1]) Derivi poi dai compilatori giustinianei, come assumono il Naber stesso (*Mnemosyne*, XXX, 321) e il Biondi (p. 75 sg.), o da un glossatore postclassico, come preferisce il Beseler (p. 38).

L'unico passo, sul quale vale la pena di soffermarsi a questo riguardo [1]), è il noto brano delle istituzioni, 4. 6. 33 *c*, col luogo corrispondente della parafrasi greca. Ma nè esso afferma in modo indubbio l'esclusività del riguardo all' interesse del debitore, nè è immune da sospetto. Riferisco ancora una volta il testo, che qui assume di nuovo valore fondamentale:

> Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is, qui ita stipu-

[1]) Altri testi, che escludano la valutazione dell' interesse del creditore, non ne conosco. Non certo D. 13, 4, 2, 2: «Si quis Ephesi decem aut Capuae hominem dari stipulatus experiatur, non debet detracto altero loco experiri, *ne auferat loci utilitatem reo*». Intanto, se mai, il testo accennerebbe alla valutazione dell' interesse del debitore, non all' irrilevanza dell' interesse del creditore. Ma non accenna nemmeno a quella. Se il creditore detraesse uno dei luoghi dalla intentio, toglierebbe all' attore non la consueta utilitas loci, ma la possibilità di sceglier l' uno o l' altro. Io ritengo dunque che Ulpiano abbia scritto non *loci utilitatem*, ma *loci electionem*, e che i compilatori abbiano corretto *utilitatem*, conformemente a quella tendenza che vedremo energicamente segnata nelle Istituzioni. [Il Beseler (p. 108) ritiene che, al posto delle parole *ne-reo*, Ulpiano abbia scritto *ne plus petendo causa cadat*: anche questo è possibile].

Nemmeno può far molta impressione D. 16, 2, 15 (Iav. 2 *epist.*): «Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum: is petit a me quam ei debeo pecuniam: quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari. respondit: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari». Fu notata la incongruenza fra domanda e risposta: il creditore domanda se si debba tener conto del suo interesse, Giavoleno gli risponde che si tien conto dell' interesse del debitore. Quid iuris? Gradenwitz (p. 244), Beseler (p. 91 sg.), Biondi (p. 29 sgg.) si accordano nel ritenere che il responso sia genuino, e che la domanda doveva suonare «an hoc quoque pensandum sit, *quod certo loco dari oportet*» (Beseler), o, molto meglio, «an hoc quoque pensandum sit» semplicemente (Biondi). Ciò corrisponde al punto di vista, per questa parte coincidente, dal quale i citati scrittori considerano lo stato della dottrina al tempo di Giavoleno. Credendo molto meglio fondato il punto di vista opposto, io posso congetturare che il testo, genuino nella *quaestio*, sia corrotto nel responso, il quale poteva chiudersi con le parole «in compensationem deduci oportet[...] cum sua causa [...]». Può darsi anche che la corruzione sia meno grave: Titius doveva essere, nel testo di Giavoleno, un argentarius, e forse era chiamato con tale nome invece che col nome proprio: non potrebbe ai compilatori, nel sostituire questo a quello, esser corsa la mano, sino a correggere in *Titii* un eventuale *mea* dell' ultima frase? Per le osservazioni che seguono, la prima fra le congetture esposte è quella che preferisco.

latus fuerit 'Ephesi dare spondes?', Romae pure intendat dari sibi oportere. *ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione*: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, *in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. quae utilitas* plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino oleo frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris fenerantur. si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit: idque etiam praetor monstrat, *scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori.*

L'enorme rilievo, che qui è dato alla utilitas promissoris, non può non suscitare sospetto. Anzitutto per la frequenza con cui il motivo ritorna, e che non ha proprio nulla di gaiano. Gaio usa soltanto quattro volte, in tutte le istituzioni, la parola *utilitas*, e sempre la usa nel senso, indubbiamente classico, di utilità obiettiva (di disposizioni edittali o di regole consuetudinariamente invalse) [1]. Qui invece la parola ci appare quattro volte in poche linee, e sempre nel significato di vantaggio o interesse subiettivo; un significato in cui è notoriamente cara ai compilatori giustinianei [2].

Almeno due volte, pare anche nel caso nostro indubitabile che la parola l'abbiano scritta i compilatori. Ho già osservato sopra (num. 3) che strana espressione sia quella usata nella frase finale,

[1] Gai. III 34 (... beneficium eius [*scil.* praetoris] in eo solo videtur aliquam *utilitatem* habere...; ... interdicti quae sit *utilitas*...); III 109 (... *propter utilitatem* benignior interpretatio facta est); III 160 (sed *utilitatis causa* receptum est...). Raccolgo i luoghi in base al *Vocabolario* dello Zanzucchi.

[2] Specialmente sui testi relativi alla *utilitas contrahentium* come pietra di paragone della responsabilità contrattuale. Cfr. le osservazioni di Segrè, *Studi in onore di C. Fadda*, VI, 348 sgg.; Mitteis, *Röm. PrR.*, I, 324; Rotondi, *Misura della responsabilità nell'a. fiduciae* [estr. *Riv. ital. sc. giur.*, LI], 20. È vero che il criterio della utilitas contrahentium si trova messo in rilievo anche nel testo di Modestino (*l. differ.*) in Coll. 10, 2, 2; ma neanche sulla genuinità di questo passo si può giurare, specialmente se si consideri l'enorme lavoro che già avanti Giustiniano dovette compiersi, più che sopra ogni altro scritto classico, sulle opere di Modestino, fatte di preferenza anche nei Digesti portavoce del nuovo diritto.

« scilicet quia *utilitas solvendi* salva est promissori »: dove *utilitas solvendi* dovrebbe, ma non può, equivalere a « utilitas ibi solvendi, ubi stipulatum est » [1]). E quanto alla frase *quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur*, non è dubbio ch' essa serva a riattaccare, modificandoli, il concetto e le parole di D. 13, 4, 3. Io considero, e l'ho già detto, questo brano come appartenente nell'insieme al testo gaiano (delle res cottidianae o del commento ad ed prov.) che i compilatori tenevano presente in questo punto; ma se si concorda col Beseler [2]) nel considerare il passo come mutuato dai Digesti, la inserzione delle parole di collegamento è più che mai evidente. Perchè Gaio parlava della remissione della somma della condanna all' arbitrium iudicis, e di questa appunto cercava la ragione in ciò, che « scimus quam varia sint pretia rerum rell. »; e solo i compilatori hanno potuto trasportare la motivazione nel campo della utilitas promissoris. Di ciò offre anche una controprova la parafrasi, che a questo punto introduce il discorso con le parole « τοῦτο δὲ τὸ διαφέρον ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον ἐκ τῶν πιπρασκομένων φορτίων μεγίστην δέχεται διαφοράν », dove il pessimo gioco di parole fra διαφέρον e διαφοράν mostra un adattamento faticoso, ma dove il ricordo del *quam varia sint pretia rerum* è ben più chiaramente visibile che nelle istituzioni.

Nelle altre due menzioni dell' utilitas, che il § 33 *c* ci presenta, non sussistono - mi pare - ragioni formali che lascino sospettare la interpolazione. Ma il confronto con Teofilo è anche qui singolarmente istruttivo. Perchè, nella prima parte della parafrasi al § 33 *c*, Teofilo esprime il principio della plus petitio loco, le sue conseguenze pratiche, il relativo rimedio pretorio, senza la intercalazione di quei due accenni alla utilitas, che troviamo nelle istituzioni. Scrive infatti il parafraste:

[1]) Non pare che il passo sia convenientemente sanato scrivendo, come propone BESELER (p. 54), « quia utilitas *Ephesi* solvendi rell. ». Anche l' « idque etiam praetor monstrat » sembra privo di significato. Per dargliene uno, il LENEL (*Beiträge*. 60) supponeva un' editto del tipo: « De eo quod certo loco dari oportet ita iudicium dabo, *ut utilitas solvendi salva sit promissori* ». Ma è assurdo che i compilatori delle istituzioni presentassero il testo edittale come un commento datogli da loro. Del resto, l' opinione del LENEL, confutata da BESELER, loc. cit., è abbandonata nell' ultima edizione dell' *Edictum*; ed è vana la ripresa di DUMAS, *Nouv. Rev. Hist.*, XXXIV, 623. Le parole « idque - monstrat » sono ritenute giustinianee già da NABER, loc. cit., 320.

[2]) P. 63 sg.

Τόπῳ δὲ plus petitíωn ἁμαρτάνεται, οἷον ἐὰν τὸ ἐποφειλόμενόν μοι ἐν φανερῷ τόπῳ καταβληθῆναι, ἐν ἑτέρῳ ἀπαιτήσω τόπῳ μνήμην μὴ ποιησάμενος τοῦ τόπου, ἐν ᾧ τὸ χρέος ἔδει μοι καταβληθῆναι· οἷον ὡς ἐπὶ θέματος· ἠρώτησά σε οὕτως·» ὁμολογεῖς δοῦναί μοι ἐν Ἐφέσῳ ρ̄ νομίσματα; «, ὅσον ἀπὸ τῆς πολιτικῆς νομοθεσίας, οὐ δύναμαί σε ἀπαιτεῖν ἐν ἑτέρῳ τόπῳ, εἰ μὴ ἐν αὐτῇ τῇ Ἐφέσῳ. ἔξωθεν γὰρ ἀπαιτῶν σε τῆς Ἐφέσου τόπῳ plus petitεύω. ἐὰν γὰρ εὑρεθῇς ἐν τῇ Ῥώμῃ καὶ πύρως κινήσω κατά σου, τουτέστι μὴ μνησθεὶς τῆς Ἐφέσου, εἰσάγεται ἡ plus petitíωn.

Fin qui è parafrasato, con qualche abbondanza ma con assoluta precisione di forma, il primo periodetto delle istituzioni (« loco plus petitur - oportere »). Dovrebbe seguire, secondo le istituzioni, la dichiarazione della connessione fra il principio della plus petitio e l'interesse del debitore; ma invece il parafraste continua:

ἀλλ' ἐπειδὴ συνέβαινέ σε μηδέποτε ἀπαιτεῖσθαι, οὔτε ἐν τῇ Ἐφέσῳ διὰ τὸ μὴ εὑρίσκεσθαί σε ἐν αὐτῇ, οὐδὲ ἐκτὸς τῆς Ἐφέσου διὰ τὴν plus petitíona, τούτου χάριν ὁ praétωr ἐπενόησε τοιαύτην ἐναγωγήν· δέδωκε γάρ μοι ἐξουσίαν εἰ καὶ ἐκτὸς ὄντι τῆς Ἐφέσου κινεῖν κατά σου, μόνον μέντοι ἵνα μνήμην ποιήσωμαι τῆς Ἐφέσου καὶ διαφύγω τὴν plus petitíona. ἐὰν γὰρ ἐν τῇ Ῥώμῃ κινήσω κατά σου λέγων·» εἰ φαίνεται τὸν ἀντίδικον χρῆναι δοῦναί μοι ρ̄ νομίσματα ἐν Ἐφέσῳ «, οὐ δοκῶ plus petiteύein· εἰ δὲ πύρως, τουτέστι μνήμης μὴ γινομένης τῆς Ἐφέσου, εἰσάγεται plus petitíωn.

La distanza fra il testo delle istituzioni e quello della parafrasi è a questo punto enorme: le istituzioni giustificano il principio della plus petitio con il rilievo dell' interesse del debitore, poi parlano dell' introduzione dell'actio arbitraria, e trovano la utilità di questa nel fatto che vi si valuta quel tale interesse; Teofilo invece insiste sulle conseguenze processuali del principio della plus petitio, poi ricorda il rimedio pretorio della intentio adiecto loco, e afferma che questa intentio serve ad escludere la plus petitio. Ora, quale è fra le due versioni la classica? Senza dubbio - e nemmeno occorrerebbe dirlo - quella di Teofilo: non solo perchè non vi si nomina l'a arbitraria, che fa bellamente pompa di sè nelle istituzioni, ma perchè l'ordine d' idee seguìto da Teofilo corrisponde perfettissimamente a quello delle

istituzioni di Gaio, per quanto ci risulta dalle vestigia superstiti del § 53 *c*, e a quello che Gaio stesso segue in D. 13, 4, 1. Fin qui dunque - credo di potere sicuramente affermarlo - Teofilo ha tenuto presente il testo originario, dal quale anche la commissione delle istituzioni aveva attinto: salvo che, invece di inserirvi i richiami all'interesse del debitore e la nuova denominazione dell'a. arbitraria, lo ha trascritto così com'era, limitandosi a qualche delucidazione ritenuta necessaria alla cupida legum iuventus Solo a questo punto egli si accorge di essersi posto in qualche contraddizione col manualetto ufficiale, e inserisce anche nella parafrasi la menzione dell'interesse del debitore:

> ἀφαιροῦμαι γὰρ τὸ διαφέρον καὶ τὸ κέρδος, οὔπερ ἤμελλε τυγχάνειν ὁ ἐπερωτηθείς, εἰ κατέβαλεν ἐν τῇ Ἐφέσῳ (ἐσθ' ὅτε γὰρ εὐχερὴς ἦν αὐτῷ ἡ τῶν χρημάτων καταβολὴ ἐν τῇ Ἐφέσῳ, ἐκτὸς δὲ τῆς Ἐφέσου δυσχερεστάτη).

E poi ancora, dopo avere ricordata ed esemplificata la diminuzione della condanna:

> ἐν ᾧ δὲ οὐ μνημονεύω τῆς Ἐφέσου ἐν τῇ δίκῃ ἐκτὸς κινῶν τῆς Ἐφέσου, ἐπειδὴ παρασκευάζω αὐτὸν εἰς ρ̄ νομίσματα καταδικασθῆναι (ἡ γὰρ púra ἐναγωγὴ τὴν τοῦ διαφέροντος ἐξέτασιν ἀναιρεῖ), διὰ τοῦτο plus petiteúω. τοῦτο δὲ τὸ διαφέρον ἐκ τῶν πιπρασκομένων φορτίων μεγίστην δέχεται διαφοράν κτέ. κτέ.

Lo sforzo di quest'ultimo trapasso è reso evidente dalla forma scorretta e dal già osservato gioco di parole (τὸ διαφέρον ... δέχεται ... διαφοράν); ma appunto tale sforzo dimostra come Teofilo, fatto posto al principio messo in rilievo nelle istituzioni, si affrettasse a ritornare alla sua guida classica.

Fra le istituzioni e la parafrasi non è dunque, per quel che ci riguarda, una vera e propria contraddizione; ma il passo di Teofilo, lasciando immutato il testo classico e isolandolo completamente dalla appiccicatura giustinianea, mostra come doveva presentarsi il testo da cui i compilatori hanno preso il primo schema per la loro libera elaborazione. All'incirca, può ritenersi genuino il brano da *loco plus petitur* a *dari sibi oportere*, e ancora genuino, salve le parole che servono a stabilire la connessione, il brano da *quae utilitas plerumque*

rell. fino a *pura actione recte agit*: il brano centrale è un raffazzonamento postclassico, e come tale è ben lontano dal poter offrire i materiali per una ricostruzione della dottrina genuina dei giuristi.

16. Ora, se partendo dalle osservazioni finora svolte io volessi inoltrarmi per la via delle ipotesi, facilmente mi verrebbe fatto di presentare e di confortare di buoni argomenti l'opinione contraria a quella sostenuta dal Biondi: che cioè il diritto classico abbia appunto basato l'officium iudicis nella formula adiecto loco su l'interesse del solo creditore, e che siano stati i compilatori giustinianei a mettere in luce il contrario interesse del debitore. La critica svolta sul testo delle istituzioni potrebbe essere buon fondamento per una congettura in questo nuovo senso; e meglio ancora vi condurrebbe il confronto fra D 13, 4, 9 e 46, 1, 16, 1 da una parte, D. 45, 1, 137, 2 dall'altra. Perchè dalla genuinità dei due primi testi, e dalla palese manipolazione giustinianea del passo di Venuleio, si ricava indubbiamente questo: che, mentre per i classici il locus solutionis è stabilito, principalmente se non esclusivamente, a vantaggio del creditore, per i giustinianei è invece stabilito a vantaggio del debitore: per diritto giustinianeo, e solo per questo, *ubique potest solvi* – e non è necessario spender parole per dimostrare che alla facoltà del debitore di pagar dove voglia debba corrispondere la grande improbabilità che il creditore ottenga per via giudiziaria una condanna superiore all'ammontare del debito. A molta parte dei testi, che implicitamente o esplicitamente affermano un riguardo all'interesse del debitore, si oppone qualche sospetto di corruzione: specialmente, nella l. 8 *h. t.*, si è visto che quelle che stonano sono appunto le parole che a questo interesse alludono; e in C. 3, 18, 1, se si dovesse ritenere corrotta e non confacente alla natura del rescritto la sola parola *alterutrius*, bisognerebbe piuttosto sostituirla con un *actoris* anzichè con un *rei*. Perchè è appunto l'attore quello che solo può avere interrogato l'imperatore, e le parole allusive al calcolo dell'interesse si presentano stilisticamente piuttosto come favorevoli che come contrarie all'interrogante.

Su la ipotesi accennata non insisto eccessivamente; soprattutto perchè lo scritto presente ha o crede avere lo scopo, di rilevare soltanto quello che vi è di certo nella struttura e nell'efficacia classica della condictio adiecto loco. Ma voglio almeno osservare come questo

punto di partenza possa meglio di ogni altro dar ragione della parte classica e della parte corrotta della l. 2 § 8 *h. t.*:

> Nunc de officio iudicis huius *actionis* [*formulae* Ulp.] loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat, ut, si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur. Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere: itaque utilitas quoque actoris veniet. quid enim si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena pecuniam debebat vel sub pignoribus, et distracta pignora sint vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? [in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum]. quid si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.

Anche tenendo il debito conto delle lievi interpolazioni già segnate, e ampiamente illustrate al num. 10, il passo resta per più riguardi difettoso; e i molti e larghi rilievi del Beseler e del Biondi non sono privi di giustificazione. Principalmente si è osservato dal Beseler [1]), per la prima parte, che al *vel excedere vel minuere* si contrappone molto male la esemplificazione immediatamente successiva e relativa al solo caso di diminuzione della condanna, e che l'imperfetto e il più che perfetto del tratto *si interfuisset-haberetur* si connettono male col presente *loquendum est* e *debeat* [2]). E per la seconda parte (« Iulianus Labeonis opinionem secutus rell. »), oltre alle note critiche al periodetto *in hanc-usurarum*, Beseler stesso osserva che il *quid enim* è fuori posto dopo la conclusione generale « itaque utilitas quoque actoris veniet », mentre si collegherebbe molto bene al precedente « potuit interesse Ephesi recipere », e che il *mora tua* è stilisticamente e sostanzialmente sospetto. A tutto ciò si aggiunge

[1]) P. 80 sgg., 114 sg.

[2]) Mi fermo alle sole osservazioni che giudico degne di rilievo: non mi sembrano tali quelle sull'*utrum - an* come dipendente da *loquendum est*, sulla *quantitas contractus*, sul *quantitati servire*. Non è tuttavia difficile che Ulpiano abbia scritto, come suggerisce Biondi (p. 61), « utrum *servare* an... quantitatem *intentionis* debeat ».

l'ulteriore osservazione del Biondi su l'inutilità della dichiarazione riassuntiva « itaque utilitas quoque actoris veniet » [1]).

Ma, pur convenendo in tutto questo, non posso accettare le ricostruzioni che i due scrittori propongono. Non certo quella, complicatissima, proposta dal Beseler nel suo volume. Il romanista tedesco ha tratto qui in campo tutti i mezzi della sua erudita fantasia ricostruttiva: i difetti dell'inciso all'inizio del paragrafo dipenderebbero dall'avere i compilatori stralciato di qui il periodetto che ora costituisce il pr. della l. 2, e dall'essersi insieme perduto completamente un brano allusivo all'editto pregiulianeo, e alla sua considerazione del solo interesse del debitore. La seconda parte sarebbe genuina sino alla parola *veniet*, ma tutto il resto, da *quid enim* in poi, avrebbe formato originariamente il contenuto di un passo tutto diverso, relativo al *foenus nauticum*: in epoca postclassica, per l'imperizia di glossatori inesperti, il brano si sarebbe rifuso in questa parte del commentario ulpianeo; e i compilatori, accogliendolo, lo avrebbero adattato, con qualche ritocco, al tema dell'a. arbitraria.

I presupposti di una così complicata ricostruzione sono in due opinioni, in cui il Beseler concorda con la comune dottrina: la prima, che la citazione di Giuliano alluda ad una innovazione introdotta nella sua restituzione dell'Editto perpetuo; la seconda, che il foenus nauticum non possa esser protetto dalla condictio.

L'una e l'altra opinione è, a mio giudizio, errata: della prima ho già detto sopra; della seconda non posso dir qui come vorrei, ma mi riprometto di dire ampiamente prendendo appunto in esame, nel seguito di questi studii formulari, la protezione giudiziaria del foenus nauticum [2]).

[1]) Biondi, p. 49. Molte altre osservazioni fa anche il Biondi, che non mi sembrano accettabili; così sulla pretesa scorrettezza della frase « habere rationem actoris », su l'uso dell'*interdum* e del *quid enim si*... (cari certo ai compilatori, ma non ignoti ai classici), sulla corrispondenza (piuttosto vaga, in verità) fra il nostro testo e il passo, notoriamente corrotto, in D. 12, 3, 3.

[2]) Mi permetto tuttavia di accennare qui, per sommi capi, agli argomenti che militano in favore della spettanza della condictio. Ha per me importanza fondamentale questo: che, dei principali testi relativi al foenus nauticum, la maggior parte è tratta da opere di casistica (D. 22, 2, 1 Mod. 10 *pand.*; l. 3 Mod. 4 *regul.*; l. 4 Pap. 3 *resp.*; l. 5 Scaev. 6 *resp.*; l. 6 Paul. 25 *quaest.*; l. 9 Lab. 5 *pith.*; D. 44, 7, 23 Afr. 7 *quaest.*). Accanto a questi è la l. 2, estratta da Pomponio, 3 *ex Plautio*, cioè da un libro che aveva a contenuto principale, se non

In altra sua opera[1]), il Beseler ha senz'altro attribuito ai compilatori giustinianei tutto il brano da *quid enim* alla fine; ed ha con ciò aperta la strada alla nuova e ardita proposta del Biondi. Il quale assume che tutta la seconda parte del testo, dalla citazione di Giuliano in giù, sia opera dei compilatori, diretta ad ammettere per la prima volta nell'a. arbitraria la valutazione dell'interesse del creditore. Ora, se le ragioni formali già messe in rilievo non sembrano sufficienti a legittimare un taglio così netto, le ragioni sostanziali e

unico, la stipulazione; e dalle opere edittali vengono la l. 8, ch'è di ULPIANO 77 *ed.*, libro relativo alle stipulationes, e la l. 7, di PAOLO 3 *ed.*, originariamente inclusa nel commentario alla clausola de pactis. La stipulazione, e con essa la condictio, erano anche prese in esame in PAPIN. 3 *resp.*, SCAEV. 6 *resp.*; se per gli altri libri citati è ben difficile indicare il tema cui si riferissero, è certo che nessuno dà modo di avvicinare la pecunia traiecticia ad altre categorie contrattuali. Ma la cosa più caratteristica è questa: che nei testi sul nostro argomento non si accenna mai alla autonomia del contratto, anzi si tende ad includerlo negli schemi della stipulazione e del mutuo:

l. 4 § 1 pro operis servi traiecticiae pecuniae gratia secuti quod in singulos dies *in stipulatum deductum est* rell.;

l. 6 foenerator pecuniam *usuris maritimis mutuam dando* rell.;

l. 9 si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) *promissa est* rell.

D. 44. 7, 23 traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, *poena (uti adsolet) ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta* rell.; e in seguito: ... nec aliter non committi *stipulationem*...

Cfr. anche D. 45, 1, 122, 1; C. 4, 33, 3.

E in senso analogo è da interpretare, a mio avviso, la l. 7 *h. t.*:

> In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere;

dove le parole *in quibusdam contractibus* non alludono a categorie contrattuali, ma a singole contrattazioni.

Un certo sentore di tutto ciò ha indubbiamente avuto il BESELER (op. cit., 82, n. 1), quando ha affacciata la supposizione che a tutela del diritto alla restituzione del capitale si potesse intentar la condictio, e in riguardo agli interessi l'a. ex stipulatu o una speciale azione in factum. Ma il frequente parlare che si fa, a riguardo del foenus nauticum, di *poena* stipulata e *commissa*, mi lascia supporre che nella pratica commerciale si solesse fissare non un tasso mensile di interessi, ma una somma complessiva da pagarsi se la nave arrivasse a destinazione: e, inteso in questa forma il contratto, si comprende come la condictio dovesse costituire la sua tutela, almeno normalmente unica. Ma su tutto ciò avrò modo di insistere ampiamente nello studio promesso. Cfr. intanto, per qualche giusta osservazione in proposito, SIBER, *Ztschr. Sav.-St.*, XXIX, 95 sgg.

[1]) *Beitrage*, I, 65.

il confronto con gli altri testi esaminati ne escludono addirittura la proponibilità.

Io credo di tener conto di tutte le altrui osservazioni che possono ritenersi valide, e di ricostruire con molta probabilità il dettato genuino di Ulpiano, leggendo il testo così:

> Nunc de officio iudicis huius *formulae* loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an [...] excedere [....] quantitatem debeat [.....]. (*et*) Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere [.....]. quid enim si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa [.....]? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est? [.....]. quid si merces solebat comparare? an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem.

Contro questa restituzione, che ha almeno il merito di essere assai più semplice e piana di quelle ricordate, non vedo che possa opporsi alcun argomento valido [1]). L' « excedere quantitatem » corrisponde perfettamente alla « pecunia, quae ex sententia iudicis acce-

[1]) Su un punto solo, secondo io penso, le future ricerche potranno modificare le conclusioni a cui pervengo; e cioè sulla frase finale « an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem ». Il Biondi (p. 49), che a questa frase fu subire la sorte di tutta la seconda parte del § 8, adduce in confronto il D. 17, 1, 54 pr., dove sono corrotte le parole « et affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam ». L' argomentazione non è decisiva; ma ad espungere la frase si potrà arrivare per diversa via, ora che l'Albertario (*Rend. ist. lomb.*, 1913, 303) afferma e si riserva di dimostrare che il confronto fra il lucro e il danno rispecchi spesso una tendenza giustinianea. Della dimostrazione dà ora un notevole spunto la interpolazione di D. 43, 16, 3 pr., contemporaneamente rilevata dall' Albertario (loc. cit.) e dal Rotondi (*Dolus ex contractu e dolus ex delicto* [estr. *Annali Univ. Perugia*, 1913], p. 38); quella di D. 19, 2, 33, sospettata dal Mitteis, *Mélanges Girard*, II, 232; quella di D. 42, 8, 6, 11, riaffermata dall'Albertario (loc. cit., p. 586 e già altrove). E anche appaiono corrotti i testi fondamentali: D. 46, 8, 13 pr. (id est - potui Trib.?) e D. 4, 6, 27, dove la frase « et sive quid amiserit vel lucratus non sit » è grammaticalmente spropositata. – In ogni modo, la ricerca istituita dall'Albertario non potrà avere per la questione nostra altra efficacia che di precisare i limiti entro i quali va valutato l' interesse del creditore: per quanto riguarda il fondamento di questa valutazione e la sua indipendenza dalla colpa e dalla mora del debitore, le ll. 8 e 10 *h. t.*, sopra esaminate, ci hanno già data la più chiara risposta.

dere potest », ricordata nella l. 10 *h. t.*, della quale ho sopra rivendicata la genuinità. Scomparirebbe invece, per essere logicamente e stilisticamente del tutto fuori posto, appunto quella dichiarazione su la valutazione dell'interesse del debitore, che costituisce il punto di partenza di tutte le precedenti ricerche. Quanto all'*etiam*, esso non resterebbe inutile, perchè non è detto che debba necessariamente esprimere la contrapposizione dell'interesse dell'attore a quello del convenuto: esso contrapporrebbe invece, secondo io lo intendo, la considerazione dell'interesse dell'attore a quella della mera quantitas contractus, e significherebbe elegantemente che il giudice deve tener conto, oltre che di questa, anche di quello; una questione di tal genere poteva ben porsela Labeone, e ben poteva darle una decisa soluzione affermativa Giuliano, in quegli stessi *Digesta* in cui dichiarava (D. 46, 1, 16, 1) che il locus deve intendersi designato a favore del creditore.

Sopra queste basi esegetiche, la congettura a cui accennavo, che cioè solo l'interesse del creditore venisse per i classici in considerazione, potrebbe agevolmente svilupparsi. Ma su di essa io non voglio insistere; mi basta aver dimostrato che la considerazione dell'interesse del creditore è anteriore e prevalente, nello spirito del diritto classico, sopra quella dell'interesse del debitore: che anche a quest'ultimo i giuristi abbiano pensato, resta per me una vaga possibilità, che non può essere sicuramente controllata dalla indagine esegetica.

17. Io mi rappresento dunque l'evoluzione dell'istituto così.

La struttura formalistica del processo romano importa che, se la intentio non sia precisamente commisurata alla pretesa derivante all'attore dalla obbligazione, si verifichi una plus petitio, con la sua conseguenza del causa cadere. Nel caso nostro, il creditore, che a Roma *pure intendat dari sibi oportere*, svisa la pretesa, che veramente gli compete, di ottenere ad Efeso la cosa o la somma dovuta. Ma pure svisandola la deduce in giudizio, e ciò perchè la novazione giudiziale fra le parti si conclude appunto relativamente a quell'obbligo, che esisteva, di dare quella cosa o quella somma. In sostanza, e in qualunque modo s'intenda il *causa cadere*, per il convenuto esso ha tutti gli effetti dell'assoluzione: l'attore *rem perdit*, e non può più oltre intentare la lite. Da ciò la possibilità che il convenuto eviti

l'adempimento dell' obbligazione; l' attore, che non può per principio di competenza intentare l' azione fuori del luogo dove il convenuto si trova, è tutto alla mercè delle vessazioni di costui. Il rimedio non poteva esser dato che in due modi: o mediante una modificazione delle norme di competenza, che permettesse all' attore d' intentare l'azione nel locus solutionis, o mediante una adiectio loci nella formula, con la quale si concedesse di far valere davanti al magistrato territorialmente competente l'obbligazione di dare in altro luogo. Fu quest' ultimo il rimedio prescelto: la competenza territoriale rimase qual' era, ma l' attore potè intentare l' azione senza tema d' incorrere nella plus petitio.

Tutto ciò, che ci è detto chiaramente da Gaio e da Teofilo, e che probabilmente deriva dai vecchi maestri del diritto civile ai quali Gaio attingeva, è del tutto indipendente da ogni riguardo al maggiore interesse del debitore o del creditore a pagare o ad esser pagato nel luogo stabilito [1]). Ma più tardi, nell' applicazione pratica della stipu-

[1]) L' osservazione è già in Beseler, p. 68: anch' egli assume che l' adiectio loci ha uno scopo meramente formalistico, « das *Formfehler* des loco plus petere aus der Intention fernzuhalten ». La dimostrazione non è data; e, di fronte al passo - recisamente contrario - delle istituzioni giustinianee, avrebbe dovuto esser data. Ma neanche l'aver dimostrato corrotto il passo delle istituzioni costituisce una dimostrazione apodittica d' indipendenza della plus petitio dall' interesse del debitore: il rilievo della interpolazione ci dice che il testo genuino di Gaio non rilevava la connessione, non ci può dire che la connessione non c' era. E nessun altro testo - ch' io sappia - ci dà su questo punto una precisa risposta. Ma credo di poter esimermi dall'onus probandi. Se - come ho dimostrato indiscutibilmente - l' interesse del creditore costituisce, almeno da Giuliano in poi, il cardine fondamentale del processo de eo quod certo loco dari oportet, se Giustiniano basa invece l' istituto sull' interesse del debitore, ogni legittima presunzione è nel senso, che prima di Giuliano, pur essendosi manifestata la tendenza ch'egli doveva far trionfare, non fosse nella communis opinio il riguardo a nessuno fra i due interessi in conflitto. O dobbiamo ammettere che si sia partiti dall' interesse del debitore, e poi si sia del tutto cambiato strada con Giuliano, per tornare all' antico in epoca bizantina? Un processo storico così contorto non e per se stesso inconcepibile; ma dovrebbe esser provato.

E la prova non può trovarsi nel fatto, che altri casi di plus petitio coincidano eventualmente con una protezione dell' interesse del debitore. Perchè dagli altri casi il nostro si stacca nettamente: in materia di plus petitio re, tempore, causa, il creditore è sempre anche materialmente in colpa, perchè avrebbe dovuto chiedere la sola quantità dovuta e aspettare il tempo fissato e far salva al debitore la scelta entro i limiti dell' alternativa o del genere; nel caso nostro, invece, il creditore ci appare - e apparve anche ai romani - stretto fra l' incudine dei principii di competenza e il martello della plus petitio. Tant'è che, mentre

lazione e della relativa condictio adiecto loco, sorse l'opinione che si dovesse tener presente il valore che nella intenzione e nella pre-

per la generalità dei casi il diritto classico abbandonò il creditore al suo destino, qui il pretore credette di doverlo soccorrere. Che la formula adiecto loco sia stata appunto creata in soccorso del creditore, ci è attestato nel modo più esplicito.

D'altronde, che i classici stabilissero una necessaria connessione fra plus petitio in genere e interesse del debitore, è cosa dubbia. Ad una connessione di questa specie il testo di Gaio accenna soltanto a proposito della plus petitio causa: ma il § 53 *d* si presenta in modo, da rendere probabile ch'esso non sia scritto, come i precedenti, tutto da una stessa mano. L'osservazione semplicissima, che la domanda dell'oggetto di minor valore non esclude la plus petitio, è ripetuta tre volte; e, quel ch'è peggio, si presenta la seconda volta in forma, da interrompere bruscamente e illogicamente la connessione fra i due esempii addotti di obbligazioni generiche. Il KNIEP (*Der R.sgelehrte Gaius*, 75) osserva, poi, che la parola *ratio* nel significato di fondamento giuridico è estranea a quello ch'egli chiama il *Grundstock*, e cara invece all'elaboratore Gaio; e fra i testi che per tal guisa si dimostrerebbero rielaborati cita il nostro § 53 *d*. Lo stesso si potrebbe dire riguardo alla espressione *quin etiam*; la quale, come attesta l'indice dei luoghi riferito nel *Vocabularium* (v. *etiam*), è singolarmente preferita da Gaio; e appunto dovrebbe esser preferita – mi si permetta la espressione – dal *secondo* Gaio, se ritorna due volte nei libri ad ed. prov. (D. 4, 8, 6; 23, 2, 55) e poi, nelle istituzioni, quasi sempre in passi che suscitano qualche sospetto di rielaborazione (Gai. I, 27. 140. II, 100. 272. IV, 53 *d*. 71. 83, 153). Quale valore abbiano questi rilievi, è certo assai difficile dire, mentre è più che mai *in pendenti* la questione gaiana; ma io credo che il KNIEP, pur esagerando o procedendo arbitrariamente in più parti, vada sempre meglio raggiungendo la dimostrazione, che il manualetto andò soggetto a più rielaborazioni, contemporanee e successive all'epoca in cui si suol collocare la vita e l'attività di Gaio. Nel nostro passo, io distinguerei le due redazioni così:

> Causa plus petitur, veluti si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure: velut si quis ita stipulatus sit *sestertium X milia aut hominem Stichum dare spondes?* deinde alterutrum ex his petat [; nam, quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur]. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat: veluti si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat [; quin etiam licet vilissimam petat, idem iuris est propter eam rationem quam proxime diximus. Idem iuris est]; (*vel*) si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, velut Stichum [, quamvis vilissimum]. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

Le osservazioni, che qui Gaio faceva, possono avere avuto una fortuna analoga a quella che ebbe la sua osservazione sulla indebiti solutio (III 91), trasportata nelle res cottidianae e presa dai giustinianei a base della costruzione del quasi contratto. Anche nel caso nostro Gaio può aver ripetuto nelle res cottidianae quello che notava nelle istituzioni: nel manuale giustinianeo, che anche nel § 33 *d* sembra condotto su le *res cottidianae* (FERRINI, *Bull.*, XIII, 135), dovremo ri-

visione economica delle parti aveva avuto la designazione di un locus solutionis. Una idea espressa in questo senso da Labeone fu ripresa con la consueta energia da Giuliano, e condusse alla valutazione dell' interesse del creditore. Perchè di questo, e non del contrario interesse del debitore, si comprende agevolmente. La dottrina si svolgeva a proposito della stipulazione, cioè di un contratto formale che non ammette la ricerca della causa; era dunque coerente che si valutasse solo quell' interesse che la pratica rivelava preponderante nelle contrattazioni del genere. E la pratica commerciale non dava qui la stessa risposta che in tema di dies solutionis: chi paga prima paga più, ma chi paga in luogo diverso da quello stabilito paga normalmente meno, perchè normalmente, a base della stipulazione « Ephesi dari », sta non l' interesse del debitore a pagare, ma l' interesse del creditore ad esser pagato ad Efeso [1]). Da ciò una duplice conseguenza, nel campo del diritto materiale e in quello del diritto processuale: nel primo, che il creditore non sia tenuto ad accettare il pagamento fuori del locus solutionis, mentre pure è tenuto ad accettarlo prima del dies; nel secondo, che il convenuto con formula adiecto loco debba essere condannato ad una somma maggiore di quella dedotta in contratto. Ambedue le conseguenze, inscindibilmente connesse, si appoggiano all' autorità di Giuliano: la prima nel luogo dei suoi *Digesta* che ci è conservato in D. 46, 1, 16, 1; la seconda in D. 13, 4, 2, 8, dove Ulpiano cita il Maestro dell' età adrianea. L' insegnamento giulianeo è accolto e tratto a conseguenze ulteriori dal suo alunno Africano (l. 8 *h. t.*), riprodotto, così dal punto di vista

tenere indubbiamente genuini i periodetti « ideo autem - deteriorem » e « quin etiam - pretii est ». Ma i compilatori, per introdurre nel § 53 *c* le interpolazioni già notate, hanno esemplato i due successivi paragrafi l' uno su l' altro: da *d* hanno trasportato anche in *c* l' « ideo autem plus petere intelligitur », ricollegandovi una motivazione analoga a quella che Gaio dava per la plus petitio causa; da *c* hanno trasportato in *d* il « qua de causa talis in ea re prodita est actio » (su questa itpl. v. sopra p. 137, n. 1); finalmente hanno ribadita la voluta affinità fra i due casi, avvicinandoli con la frase « huic autem, qui loco plus petere intellegitur, proximus est is qui causa plus petit ». Ma su queste congetture lascio al lettore il giudizio.

[1]) Pomponio (22 *Sab.*) si rappresenta secondo lo stesso principio anche il contratto di mutuo, quando scrive: « aut mutua pecunia *sic* data fuerit, *ut* certo loco reddatur ». L' espressione è energicamente impostata sul presupposto, che sia stato il creditore a pretendere, nel proprio interesse, questa modalità del contratto.

materiale come dal processuale, da Ulpiano (l. 9, l. 2 §§ 7-8 *h. t.*), applicato ancora da Paolo (l. 10 *h. t.*): il testo di Gaio *ad ed. prov.*, riprodotto in l. 3 *h. t*, non possiamo ormai leggerlo se non in coerenza con questo ordine d'idee dominante.

Solo più tardi (e non insisto sul quando) il contrario interesse eventuale del debitore si fece valere. Nei Digesti esso si trova affermato in l. 2 pr. *h. t*, certamente interpolata, in l. 2 § 2 già supposta corrotta, nelle parti indubbiamente più sospettabili della l. 2 § 8 e della l. 8 *h. t.*; nel Codice ricompare ancora una volta, e nell'unica costituzione su l'argomento, che è certo guasta in quanto contiene la tardiva denominazione dell'actio *arbitraria*; finalmente, è messo al posto d'onore, come fondamento primo dell'istituto, nelle istituzioni giustinianee. Ciò autorizza, a voler essere prudentissimi, almeno una conclusione: che cioè l'interesse del debitore stia profondamente a cuore ai giureconsulti dell'epoca romano-ellenica. E si comprende, perchè sono appunto concetti bizantini quelli che qui dominano. Vi entra per una parte il riguardo al debitore, da cui notoriamente derivano molteplici innovazioni bizantine; vi entra la minuziosa cura dell'evitare danni ai patrimonii in conflitto; vi entra in ispecie la ignoranza di quel che fosse la plus petitio, e la tendenza ad assoggettare alle stesse norme, materiali e processuali, il locus e il tempus. I compilatori bizantini hanno compreso l'istituto della plus petitio altrettanto poco quanto Eusebio (homilia VI de pascha)[1]:

> ...loco (plus petitur) si alibi forte sibi debitum solvi improbus foenerator extorserit, quam ubi causatio designabat.

Scrivano pure così i tardi commentatori[2]): ma non è a favore di un improbus foenerator che il pretore ha introdotto la formula adiecto loco, che Giuliano ha elaborata la sua teoria vittoriosa.

Può darsi - ripeto ancora - che anche per l'interesse del debitore

[1]) Citato da Biondi, p. 13, n. 2.

[2]) Eusebio di Emesa, a cui si suole attribuire la collezione delle 56 omelie, fu vescovo dal 341 al 359 d. Cr. Ma della attribuzione delle omelie si è sempre dubitato molto (cfr. già May, *Nova patrum bibliotheca*, II, 528; Venables, in Smith-Wace, *Diction. of christ biogr.*, II, 358 e ivi citt.); e la critica più recente si accorda nel ritenere che esse siano opera di uno o più oratori gallici del sec. v (v. Jülicher, in Pauly-Vissowa, *Real-Enc.*, VI, 1441, ed Engelbrecht, ivi cit.). — L'epoca è, in ogni modo, assai più vicina a Giustiniano che ai classici.

la spinta a tenerne conto sia stata data dagli ultimi classici: certo è che almeno la decisa attestazione di questa valutazione, la sua collocazione a base di tutta la costruzione, è opera dei compilatori, o di chi prima di loro, in epoca romano-ellenica, ha prodotto nell' istituto che studiamo il molteplice rinnovamento già esposto.

18. Ora, a base di tutto questo sviluppo, che le fonti tracciano - per chi le legga al lume di una severa e prudente critica - nel modo più limpido, deve stare un mezzo processuale facilmente adattabile alle varie speculazioni della giurisprudenza. Non solo è inaccettabile la formula proposta dal Lenel, dove si tiene esplicito conto degli interessi di entrambe le parti; non solo deve respingersi la formula del Biondi, che dà luogo alla sola valutazione dell' interesse del debitore; — ma non si può nemmeno per un momento pensare a scegliere l'altro termine dell' alternativa, proponendo un « si quid *actoris* interfuit rell. »[1]. Non si può, perchè è sempre lavorando su la stessa formula proposta nell'Editto che si è agitata fra i classici la questione della valutazione degli interessi. Si è detto sopra che Giuliano non può essere citato, in l. 2 § 8, come redattore dell' Editto: che egli sia citato come giurista e commentatore, risulta ora in modo certo dal rapporto inscindibile che si è potuto stabilire fra la decisione di diritto processuale che è in l. 2 § 8 e la decisione di diritto materiale che è in D. 46, 1, 16, 1. E sia pure che, nella frase « Iulianus... etiam actoris habuit rationem », Ulpiano sia tagliente e deciso come per una questione ormai incontroversa; sia pure che della mancanza di controversie faccia ancora fede il grande numero di giuristi che si è sopra elencato come favorevole alla tesi giulianea. Resta pur sempre che per Ulpiano essa è e resta una tesi, non controversa ma tuttavia astrattamente controvertibile: se la questione fosse risoluta dalle parole della formula, Ulpiano non perderebbe il tempo

[1]) Ad una condemnatio di questo genere arriva in realtà il GRADENWITZ, *Ztschr. Sav.-St.*, XXIV, 247 sgg.; il quale, movendo dalla interpretazione della l. 2 § 8 già proposta dal LENEL, pensa che anteriormente a Giuliano l'interesse del debitore fosse tutelato esclusivamente dalla voluta clausola restitutoria, e che nell' editto giulianeo si sia introdotta, accanto alla condemnatio certa della condictio (N^m N^m A° A° X....), la clausola « et si quid actoris interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam hic solvi ». Contro la clausola arbitraria non mi pare sia il caso di insistere; la impossibilità dell' esplicita menzione dell' interesse dell' attore sembra risultare da quanto espongo nel testo.

a domandarsi « utrum (officium iudicis) quantitati contractus debeat servire an [...] excedere [...] quantitatem debeat », e non si farebbe a giustificare il rilievo dato all'interesse dell'attore con tutta quella serie di esemplificazioni pratiche che ancora leggiamo. La cosa è tanto semplice, che non si comprende come studiosi accurati le siano passati accanto senza accorgersene.

Anche il Lenel se ne è accorto solo parzialmente: si è accorto soltanto che le parole precedenti l'*utrum* (« nunc de officio iudicis huius *formulae* loquendum est ») non si adattano alla sua ricostruzione della formula. E ritiene in conseguenza che queste parole siano insiticie, e che « der Iurist *muss* hier darauf aufmerksam gemacht haben, dass die *Formel* es war, die den Iudex in die Notwendigkeit versetzt, zu erwägen, utrum quantitati, etc. ». Una congettura di questo genere potrebbe avere qualche giustificazione, se fosse altrimenti provato che la formula classica era quale il Lenel la ricostruisce: così come è, costituisce, di fronte al chiaro e preciso dettato, una ingiustificabile violenza. Tanto più che non basterebbe modificare quella certa frase incriminata (scrivendo, ad esempio, *ex verbis condemnationis officio iudicis pertinet, utrum* rell.), ma bisognerebbe aggiungere quello che nell'attuale testo non c'è affatto, cioè la storia della clausola edittale [1]); e bisognerebbe ancora espungere tutto il brano da *quid enim* alla fine. Senza contare che Ulpiano avrebbe proceduto molto illogicamente, dando prima uno spunto, un lievissimo spunto, di commento alla condemnatio della formula vigente, e divagando poi in riflessioni storiche: se queste riflessioni storiche ci fossero state, il commento sarebbe cominciato dopo.

E dove sono le prove che ci obblighino a riconoscere un simile scempio del testo di Ulpiano, e a ritenere esatta la ricostruzione del Lenel? Il maestro di Friburgo ne indica due, che dovrebbero essere decisive. L'una sarebbe quel frequente richiamo della valutazione degli interessi; il quale ritorna in C. 3, 18, 1, in l. 2 pr. e § 8 D. *h. t.*, in l. 8 *ibid.*, e con parole analoghe. Ma ciò non può più farci impressione, se teniamo presenti le interpolazioni dei testi citati, tutte dimostrate – come si è visto – per segni molteplici. Ma la prova più

[1]) A un rifacimento del testo in questo senso arriva infatti il LENEL, p. 240, n. 1: abbiamo visto, a proposito dell'analoga ricostruzione del BESELER (p. 115), come questi tentativi siano ingiustificati.

grave e più sicura sarebbe nella osservazione, che il Lenel[1]) formula così: « Dachte der Prätor, *wie ich annahm*, bei Einführung unserer actio wirklich nur daran, dem Beklagten die utilitas loci zu wahren, so ist es kaum glaublich, dass er seine Absicht in der Formel nur so überaus unklar angedeutet habe ». Dunque nient'altro che un corollario della sforzata interpretazione del famosissimo « Iulianus ... actoris habuit rationem », e sempre, soprattutto, l'influenza deleteria del madornale abbaglio dei compilatori delle istituzioni: ancora una volta, le pagine precedenti contengono la più sicura risposta.

Certa è invece, per quanto riguarda la nostra formula, una cosa sola: cioè il richiamo frequente all'officium o arbitrium iudicis. Ulpiano non sa commentare la condemnatio altrimenti che parlando dell'*officium iudicis huius formulae*; e Paolo (l. 10 *h. t.*), per dire che nel caso esaminato non trova più luogo la valutazione dell'interesse dell'attore, afferma che *arbitrium iudicis cess(a)t.* Gaio (l. 3 *h. t.*) è poi in questo senso esplicito:

> *Ideo autem in arbitrium iudicis refertur haec actio*, quia scimus, quam varia sint pretia rerum rell.

Alle parole *haec actio*, il Beseler[2]) sostituisce *condemnatio*. E giustamente; perchè la formula adiecto loco non è mai stata considerata dai giuristi come una speciale azione, e perchè nell'arbitrio del giudice si può riporre l'ammontare di una condanna, non la esistenza o la spettanza di un'azione. In ogni modo, l'espressione gaiana, come tutte le altre citate, mostra che nella formula non era minuziosamente tracciata la via per cui il giudice doveva mettersi. È vero - e lo osserva giustamente il Biondi[3]) — che all'officio del giudice resterebbe pur sempre un còmpito, anche quando la formula fosse redatta come il Lenel o come egli stesso la ricostruisce; ma, se la espressione è suscettibile di diverse interpretazioni, noi siamo obbligati ad accogliere quella che meglio risponde alle chiare e precise parole della l. 2 § 8.

E si noti anche come concorra allo stesso risultato la naturale interpretazione del nome di *arbitraria*, dato alla nostra formula dai bizantini. Il nome essi l'hanno derivato - e ciò è incontestabile - dalla

[1]) P. 235.
[2]) P. 63.
[3]) P. 100 sgg.

importanza decisiva che l'arbitrium iudicis aveva in questa materia; e sarebbe veramente stato troppo scarso l'appiglio, se l'arbitrio si fosse ridotto nei limiti in cui lo confina la comune opinione.

Ritengo dunque che il Lenel fosse più vicino al vero quando, nella sua opera più giovanile [1]), ricostruiva la condemnatio con le parole:

iudex arbitratu tuo N^m N^m A^o A^o condemna s. n. p. a.;

e che lo stesso sentore della verità abbia avuto il Naber [2]) proponendo:

quanti id nomen Romae esse arbitratus eris, tantae pecuniae iudex rell.

Non però credo di poter accettare una qualunque di queste due formule. Quella del Naber, quantunque non richiami esplicitamente gli interessi delle parti, pure segna in una precisa direzione la strada che deve percorrere il giudice; e la segna - quel che è peggio - in una direzione che non trova corrispondenza in nessun luogo delle fonti. Quando Giuliano, e con lui Ulpiano, si proponevano la questione, se il giudice dovesse attenersi alla somma fissata nel contratto e nella intentio o dovesse invece aumentarla, non vedevano che l'alternativa seguente: o tener ferma quella somma, o aumentarla in base alla valutazione dell' interesse dell'attore. E non avrebbero potuto nè porsi la questione, nè tanto meno risolverla in questo senso subiettivo, se la formula proposta nell'albo avesse indicato un criterio obiettivo [3]). La prima formulazione del Lenel, poi, ha il singolare difetto di non dire al giudice in che cosa debba condannare: ora una condanna, secondo c' insegna Gaio (IV 49), è *vel certae pecuniae vel incertae*, ma sempre *pecuniae*: un *arbitratu tuo condemna* è inconcepibile.

Io credo che le maggiori probabilità militino a favore di una con-

[1]) *Beiträge*, 70 sgg.

[2]) *Mnemosyne*, XXX, 320.

[3]) Il punto di partenza dogmatico della ricostruzione del NABER è energicamente sostenuto dal BESELER (p. 68 sgg.), benchè egli accetti, come si è visto, la formula del RUDORFF. Ma a favore della sua opinione il B. non riesce ad addurre nessun argomento valido. Non certo può valer come tale il principio della *condictio certi*, che importa condanna al valore obiettivo della cosa: nel caso nostro, si ha un relativo inadempimento, e la giurisprudenza impone di valutare l' interesse dal creditore. E il voler ricondurre sotto l' errato punto di vista la l. 2 § 8 è stato non ultimo movente della ipercritica esercitata dal BESELER sul fondamentalissimo testo.

danna al *quanti ea res erit*[1]). Per i debiti di certa res, ciò è imposto da D. 12, 1, 22 e 13, 3, 4, e anche da questo: che della adiectio loci si parla molto meno in tema di condictio certae rei che in tema di condictio certae creditae pecuniae. D'altra parte, posto lo scopo originario della formula adiecto loco e la sua originaria indifferenza di fronte e qualsiasi interesse delle parti, la cosa più naturale è l'ammettere che, almeno pei debiti di res certa, la sola intentio fosse modificata: la condemnatio al q. e. r. e. si prestava per sè stessa a seguire le nuove regole poste dalla giurisprudenza.

Ma quello, che è certo per la condictio certae rei, deve ammettersi, limitatamente alla formula adiecto loco, anche per la condictio certae creditae pecuniae. La formula normale avrebbe avuto, notoriamente, una condemnatio certa, in quella precisa somma di danaro che si deduceva nella intentio. Ma l'adiectio loci dovette influire fin da principio nel senso di modificare la condemnatio; poichè, per quanto il pretore non si rappresentasse in modo esatto l'ordine d'idee in base al quale si sarebbe più tardi regolato l'arbitrium iudicis, pure egli dovette vedere, in quell'« Ephesi dare oportere », qualche cosa di diverso da un « dare oportere » puro e semplice, anzi una qualche cosa, una *res* nel senso più ampio della parola, suscettibile di valutazione da parte del giudice. E questo suo vago sentore non poteva esprimersi se non nel « quanti ea res erit », che lasciava aperta la via alla giurisprudenza per trarre dalla struttura dell'istituto la misura e la portata dei poteri del giudice. È perciò che fino a Giuliano l'interpretazione potè restare incerta ed oscillante fra la condanna alla somma segnata nella intentio e la valutazione dell'interesse del creditore; e che, scelta la seconda alternativa, Giuliano e i suoi seguaci non ebbero bisogno di modificazioni nella formula.

VINCENZO ARANGIO-RUIZ.

[1]) L'ipotesi non è nuova: una condanna al *quanti ea res erit* era già stata ammessa dallo ZIMMERN (*Traité des actions* [trad. ÉTIENNE]. Paris 1843, p. 203), ed è ancora oggi sostenuta da DUMAS, *Nouv. rev. hist*, XXXIV, 624. 642 sgg.: cfr. anche VOIGT, *Ius naturale*. III, 919. Tutti questi scrittori, meno il VOIGT, sono tuttavia concordi nell'ammettere anche la clausola arbitraria. Dal punto di vista della dottrina comune sulla valutazione degli interessi, oppone giuste osservazioni il BIONDI, p. 107; ma quelle osservazioni cadono insieme coi loro presupposti.

IL REGIME POSITIVO E LE COSTRUZIONI TEORICHE

NEL CONDOMINIO

1. Seneca, il filosofo della latinità il quale è a un tempo stesso tra gli scrittori non giuristi dell'evo antico il più pregno di spirito giuridico, in un'operetta preziosa più pel giurista che pel filosofo così rileva il carattere indefinitamente vario della comunione: « Non enim mihi sic cum amico communia omnia sunt, quomodo cum socio, ut *pars mea sit, pars illius*, sed quomodo patri matrique communes liberi sunt, quibus cum duo sunt, *non singuli singulos habent, sed singuli binos*... Deinde *pluribus modis communia sunt*. Equestria omnium equitum Romanorum sunt; in illis tamen *meus fit proprius locus, quem occupavi*; hoc si cui cessi, quamvis illi communi re cesserim, tamen aliquid dedisse videor. Quaedam quorundam sub certa condicione sunt. Habeo in equestribus locum, *non ut vendam, non ut locem, non ut habitem*, in hoc tantum, ut spectem; propterea non mentior, si dico habere me in equestribus locum. Sed cum in theatrum veni, si plena sunt equestria, *et iure* habeo locum illic, quia sedere mihi licet, *et non habeo*, quia ab his, cum quibus mihi ius loci commune est, occupatus est »[1]).

Invero il concetto della comunione è una categoria generale che si può applicare ai più svariati diritti, ed anche in relazione a uno stesso diritto assume le più svariate configurazioni. Non uscendo dal campo della proprietà, sono innumerevoli le forme positive che il diritto vigente dei popoli e la storia del diritto ci offrono rispetto all'ordinamento giuridico e al godimento complessivo di uno stesso oggetto, dai tipi più eterogenei di condominio alle molteplici forme di proprietà collettiva e alle sfumature indefinite della persona giuridica concepita

[1]) SEN. *De ben.* 7, 12.

come subbietto del dominio. Nello stesso diritto romano *res communes* designa ora le *res publicae*, ora, e, pare con significato quasi tecnico, i beni delle città e delle corporazioni, cioè di una *universitas* [1]), ora le *res communes omnium*: e finalmente i Romani, com' è noto, non hanno altro termine per designare il condominio e l'oggetto tenuto in condominio. Il concetto della *res communis* sembra pertanto oscillare tra i due poli dell' individuo e della società, secondo il rilievo maggiore o minore che ha il diritto dell' individuo o il diritto della collettività nell'ordinamento dell' istituto concreto che disciplina la comunione. I condomini sono detti *domini*, la cosa tenuta in condominio è detta anche *res sua* rispetto al singolo condomino, ma le *res publicae*, le *res civitatis* e le *res communes omnium* sono dette *res nullius*, e il motivo che si soggiunge per le prime è ch' esse appartengono alla collettività: *ipsius enim universitatis esse creduntur* [2]).

[1]) Adoperiamo questa parola nel senso del diritto giustinianeo, o meglio ancora del diritto comune. Non è punto inutile avvertire che essa non è nelle fonti romane genuine (cfr. BONFANTE, *Istituzioni* § 19, 5ª ediz., p. 62). Nel linguaggio dei giureconsulti *universitas* non significava se non la collettività; il termine veniva applicato soltanto ai *cives* o *municipes* e aveva lo stesso preciso valore di *universi*, cioè non significava punto l'«unità», il «tutto», bensì semplicemente «tutti». L'etimologia *vertunt in unum* è una etimologia fantastica ad uso di quelle di cui si compiacevano i giureconsulti romani per illustrare i loro concetti, senza alcun riguardo alla reale formazione della parola: in realtà la parola significava «tutti fino ad uno, *ad unum versus, ad unum omnes*», ed equivale ad espressioni analoghe che esistono in qualunque lingua per significare tutti in senso pregno ed enfatico «tutti quanti, ἅπαντες *sämmtlich*, ecc.». I compilatori tuttavia sembra che abbiano per questa parola una simpatia speciale, e sembra altresì che n'abbiano effettivamente alterato il senso in ciascuno de' suoi varî usi. Come essi hanno dato lo spunto per la creazione di una *universitas personarum*, generalizzando il termine *universitas* a tutte le corporazioni, così sono pur essi che (in un testo solo, per vero), chiamando *universitas* l'armento, hanno dato l'aire alla costruzione delle *universitates rerum* o *facti* nel diritto delle cose (BONFANTE, l. c. § 78, 5ª ediz., p. 226), e sono essi infine che con l'interpolazione dell' *universitas* o dell' *universum ius* in materia ereditara (BONFANTE, l. c. § 22 e § 187, 5ª ediz. p. 69 testo e nota, e p. 512 e sgg.) fornirono gli elementi per la dottrina dell' *universitas iuris* e per la fantastica *universitas* patrimoniale o ereditaria.

[2]) GAI. II, 9 = 1 pr. D. 1, 8. - Non è perciò da esagerare l'antitesi di *proprius* e *communis*. D'altra parte il termine veramente classico per significare la proprietà è *dominium*, successo all' antico *mancipium*: *proprietas* nel genuino linguaggio classico, come termine indicante la nuda e astratta pertinenza, non torna, si può dire, se non quando la proprietà è staccata dall'*ususfructus* o dalla *possessio*.

In questo stato di cose non è agevole trovare in un istituto che ordina la comunione l'*ubi consistam* in un principio ispiratore, che regoli tutte le parti in un modo perfettamente logico ed uniforme. Incroci di norme diverse, contrasti nel regime possono essere portati così da una necessità positiva di conciliare gli interessi di ciascuno e di tutti, come dall'evoluzione storica che mette in conflitto tendenze opposte: analizzare queste tendenze opposte, stabilire i limiti d'impero di ciascuna non è agevole, ma più malagevole è ancora decidere a quale di esse in un dato momento si debba attribuire la prevalenza.

Siamo in uno di quei casi in cui talora l'interpretazione, almeno nella pratica, riacquista quasi la sua libertà di fronte alla logica, e due correnti di idee possono essere egualmente giustificate, in quanto l'una può appoggiarsi alle finalità, che hanno radice nella storia della legge, l'altra alle finalità, che hanno una più poderosa efficienza nella vita.

2. Le considerazioni che abbiamo esposto valgano a spiegare il nostro punto di vista. Più che in qualunque territorio del diritto la costruzione in tema di condominio è stata opera di pura speculazione. Coi risultati della speculazione si è poi cercato di armonizzare a forza, con quella dialettica sottile, che è spesso una calunnia della logica, i testi del diritto romano e le singole parti del regime. Ma la critica stessa ha proceduto con questo indirizzo. È un'osservazione giusta del Perozzi, il critico più radicale nella materia del condominio, che « le varie teorie sulla comproprietà sorte fin qui [1]) hanno questo di speciale di essere addirittura dichiarate inconcepibili ». Non c'è esempio, soggiunge il Perozzi, « di un altro istituto, le teorie del quale vengano mutuamente dagli scrittori combattute tutte come inintelligibili, inafferrabili al pensiero, come avviene del nostro » [2]). Il Perozzi ha in un certo senso fatto il fascio di tutte le critiche, dando ragione nella parte negativa a tutti gli scrittori. La critica stessa, dunque, ha seguito una via puramente speculativa. Lo scritto citato del Perozzi è

[1]) Per fortuna, ed anche un poco per necessità, dall'epoca in cui il Perozzi scriveva non ne sono spuntate altre, perchè le nuove non sono che riproduzioni o variazioni lievissime di temi antichi.

[2]) V. Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà* in *Filangieri*, vol. XV, 1890, p. 2.

un capolavoro di dialettica, in cui si cercherebbe invano la citazione di un testo e il richiamo di un principio positivo.

Vi ha di più: il processo dimostrativo delle singole costruzioni è non solo troppo abbandonato alla speculazione [1]), ma quasi fondato essenzialmente sulla critica. Ciascuno scrittore stima di aver assolto la parte essenziale del proprio còmpito quando gli è riuscito di formarsi la convinzione e, a suo modo di vedere, trasfonderla in altrui, che è inintelligibile, inconcepibile ogni altra tesi all' infuori della propria. La critica brillante e generale del Perozzi deve a questo motivo il favore che essa ha riscosso nella nostra letteratura Essa è un'ottima catapulta da lanciare contro gli avversari, per quanto convenga abbandonarla ad un certo punto, quando farebbe più guasto in casa propria. Nessun indirizzo, per vero, è così precisamente e quasi sdegnosamente respinto dal Perozzi quanto quello che è stato rinnovato in Italia dal Manenti, dal Luzzatto e dal Carnelutti, prendendo le mosse dalla critica perozziana.

Ora la nostra posizione rispetto alle singole teorie è diametralmente opposta a quella degli scrittori che si sono successi sin qui, in quanto il nostro procedimento è precisamente inverso. Nate in una sfera astratta, tutte le teorie avanzate corrispondono o nella loro interezza o in larga parte a qualche regime storico o vigente: tutte sono idealmente vere. Non serve appuntare gli strali della critica contro qualche formulazione infelice o travolgere il senso di qualche concezione per trascinarla ad un significato assurdo e grottesco; l'eccesso della critica nuoce più che giovare all' indagine della verità. Ma sono vere, possibili, anzi attuate nei varî regimi, storici o vigenti, sulla comunione (intesa sempre la comunione in senso generale), in

[1]) Anche nello scritto, veramente serio e meditato, del Segrè, cui non si può certo muovere il biasimo di aver dimenticato i principî romani, e si deve certamente render la lode di aver studiato il tema colla maggiore imparzialità e colle minori illusioni, il procedimento è quello di costruire in precedenza la teoria su basi astratte. L' autore si sforza anzi di giustificare questo metodo e quest' ordine sino dalle prime pagine, esprimendo la sua convinzione, che la costruzione della teoria del condominio in base alle fonti ha bisogno del sussidio di una teoria generale accettabile, e si debba, per quanto il metodo sia pericoloso, cercare *a priori* il concetto dell' istituto e tentare la riprova nelle fonti dei principî giuridici così ottenuti (V. SEGRÈ, *Sulla natura della comproprietà in diritto romano* in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. VI (1888) p. 355 (p. 3 dell'estr. testo e nota 2).

quanto ciascuna si svolga secondo quelle che sono le sue condizioni sincere e raggruppi le norme che veramente corrispondono all'esplicazione del concetto.

Ciò posto, abbandonando ogni indagine sui teoremi dommatici, quali il principio *duorum in solidum dominium esse non potest,* il *concursu partes fiunt*, e sulla terminologia delle fonti, io mi propongo di esporre brevemente e quasi schematicamente in precedenza il regime positivo del condominio, rilevando le parti controverse, quindi esporre con lo stesso metodo gli indirizzi fondamentali, astenendomi da ogni dichiarazione in favore dell' una o dell'altra teoria, ma segnando in primo luogo se ed a quali condizioni in astratto ciascuna teoria sia possibile, ed eventualmente attuata in alcuna delle svariatissime forme storiche di comunione; in secondo luogo se ed a qual parte del regime positivo del diritto romano (o del diritto civile) ciascuna corrisponda; con quale sia conciliabile, con quale in assoluto contrasto.

3. Noi possiamo distinguere il regime positivo del condominio in due grandi parti: la disposizione materiale della cosa, cioè il regime del godimento e dell'amministrazione della cosa comune, e la disposizione giuridica della cosa, cioè il complesso degli atti giuridici che si possono compiere in ordine ad essa.

In ciascuna di queste grandi divisioni vi è nel diritto romano un campo assolutamente libero ai condomini, cioè un territorio in cui l'attività di ciascuno si può esplicare senza il consenso degli altri e senza tema di opposizione, o per intero, *in solidum*, o *pro parte*, e vi ha un territorio in cui ciascuno dei condomini è invece più o meno, in una misura non sempre chiara e non uguale in tutti i tempi, vincolato ai propri condomini.

Per quel che concerne la disposizione materiale ciascuno acquista *pro parte* i frutti della cosa ed è libero, a quel che sembra, di percepirli, salvo a rispondere di fronte ai condomini per la restituzione nella misura in cui spettano ad essi: egli acquista per diritto di proprietà, *iure soli*, senza riguardo quindi chi dei condomini abbia seminato e piantato [1]).

Libero nella sua pienezza, *in solidum*, sembra inoltre l' uso della cosa conforme alla destinazione di essa, in quanto non sia lesivo della

[1]) L. 25 pr. D. *de us. et fr.* 22, 1; cfr. anche L. 19 D. *de usu et hab.* 7, 8.

integrità sua e del diritto degli altri condomini, e sembra che, almeno nel diritto classico, la pratica procedesse con una certa larghezza. Gli esempî delle fonti sono: ornare, intonacare la parete comune, applicarvi un bagno, una scala, un muro o altre costruzioni autonome e removibili, persino un forno, coltivare il fondo, seppellire in un sepolcro comune e, potremmo aggiungere, servirsi dello schiavo come strumento materiale o giuridico, batterlo, metterlo in catene. Controverso è il diritto autonomo di ciascun condomino di procedere ai restauri necessari della cosa comune: vi ha in questa parte dei testi in conflitto e probabilmente vi è stato un mutamento dal diritto classico al diritto giustinianeo. Io credo sia opera di Giustiniano l'ordinamento più restrittivo che vieta a ciascun condomino di restaurare la cosa comune senza l'assenso dell'altro condomino o l'autorizzazione del giudice ottenuta con l'esperimento dell'*actio communi dividundo* [1]).

Quanto all'attività sulla cosa che eccede i limiti dell'uso vero e proprio, e che principalmente si manifesta, trattandosi di immobili, nelle costruzioni, nell'*opus novum*, l'ordinamento romano è significato dal *ius prohibendi*. La *prohibitio* o il *ius prohibendi* compaiono in ogni testo relativo a questa materia, non altrimenti che ne' testi relativi pure all'*opus novum* e regolati dalla *o. n. n.* e dall'*interdictum quod vi aut clam* in tema di rapporti di vicinanza. Che cosa significhi il *ius prohibendi* è però, in tema di condominio, controverso. S' intende per esso che ciascun condomino sia libero di agire, finchè non cozza col veto del collega, ovvero s' intende invece che debba procedere d'accordo col proprio collega (come è effettivamente negli atti giuridici riguardanti l' intera cosa), altrimenti l'opera sua è illegittima, ed egli è tenuto a distruggerla e rispondere dei danni?

Anche in questa parte io sono d' opinione che siavi stato un mutamento dal diritto classico al diritto giustinianeo. Il regime classico doveva essere il *ius prohibendi* nella sua purezza, corrispondente al regime dei rapporti di vicinanza ed all' istituto parallelo della collegialità nel diritto pubblico [2]). Ma nel diritto giustinianeo di nuovo

[1]) V. Bonfante, *Il ius prohibendi nel condominio* in *Rendiconti dell'Ist. lomb.* 1913 (lettura tenuta il 23 maggio 1913), p. 684 e segg..

[2]) Il parallelismo del diritto privato col diritto pubblico in ordine al *ius prohibendi* nella sua purezza (quale si osserva nei rapporti di vicinanza) è inne-

occorre per procedere alle innovazioni come ai restauri, il consenso del proprio condomino o l'autorizzazione del giudice: il *ius prohi-*

gabile, qualunque sia l'opinione che si nutra al proposito in tema di condominio: ed è innegabile principalmente che, così nel diritto pubblico come nel diritto privato, la *prohibitio* deve intervenire *prima* dell'atto, in quanto si dirige contro l'atto da compiere, contro l'*opus futurum*, e il suo fine è di arrestare, sospendere: non annullare il già fatto. Tuttavia in proposito può suscitare un legittimo turbamento e un qualche offuscamento mentale la dottrina particolare del Mommsen e più il linguaggio arbitrario usato dal grande espositore del diritto pubblico romano (cfr. MOMMSEN, *Staatsr.* I 3ª ed., pp. 258 sgg., tr. fr. p. 294). La teoria del Mommsen, non felice nella sostanza, equivoca e pericolosa nei termini, restringe il veto collegiale a due o tre categorie di atti (leggi, decreti e senatoconsulti), e attribuisce ad esso efficacia rescissoria di fronte al veto generale, che egli accorda solo al magistrato superiore, e cui non nega, per vero, efficacia sospensiva, cioè rivolta al futuro. Al primo egli riserva il nome di *intercessione*, al secondo conserva quello di *proibizione* (o anche, chiama il primo *potestas intercedendi*, il secondo *potestas impediendi*: *Staatsr.* I, p. 281, n. 1, trad. fr. p. 320, nota 8). Noi potremmo accontentarci di notare che il campo dell'intercessione in questa dottrina è eccezionale, ch'essa concerne una limitata attività del magistrato, come il Mommsen stesso avverte (p. 274, trad. fr. p. 312), ed è l'attività propriamente giuridica, la quale meno ci interessa, perchè nel tema del condominio gli atti giuridici non sono regolati dal regime del *ius prohibendi*; limitandoci soltanto a rilevare che non è esatto restringere il generale veto sospensivo al campo di attività del magistrato superiore; a parte ogni altro rilievo, il tribuno non è magistrato superiore di fronte al console, e non è per lo meno tale di fronte al collega tribuno. Ma poichè la teoria può indurre abbagli e condurre ad esagerazioni (negli uni e nelle altre per vero non è caduto il Mommsen), non sarà male spendere alcune parole allo scopo, quanto meno, di togliere adito a quegli abbagli e a quelle esagerazioni, che, assumendo come testuali quei termini e generalizzando quei concetti, potrebbero compromettere la visione giuridica dei rapporti stessi di diritto privato.

Anzitutto la distinzione non è romana e la terminologia è arbitraria. Il Mommsen che l'ha creata, naturalmente, non prende abbaglio e mette sull'avviso il lettore sino dal principio della sua trattazione (p. 258, trad. fr. p. 294): *prohibere, vetare*, sono termini di uso generale, *intercedere* si adopera indifferentemente per divieti che dovrebbero, secondo la dottrina del Mommsen, esser compresi nella *potestas impediendi*, non già nella *potestas intercedendi*, e viceversa *impedire* o *impedimento esse* è termine costante e quasi tecnico per la convocazione comiziale, le proposte di legge, i giudizi, il cui divieto si annovera dal Mommsen nella categoria dell'intercessione.

In secondo luogo il Mommsen stesso, scosso probabilmente dalle critiche mosse alla sua teoria, è ben lungi dall'esagerarne la portata, e tentò di fronte ai suoi critici di giustificare la posizione assunta con un fallace ragionamento. Ecco le sue parole (*Staatsr.* p. 266, n. 4, trad. fr. p. 304, n. 1): « La questione se l'intercessione agisca a titolo rescissorio o proibitivo è più una questione di parole che di concetti. Si tratta pur sempre di un atto giuridico che alla sua volta serve di fondamento ad altri atti giuridici. Non è nè può esser contestato

bendi non è più che l'espressione del pensiero che, essendo richiesto il consenso di alcuno, egli ha pure il diritto di opporsi, allorchè s'av-

che se il primo atto è colpito dall'intercessione, esso perde l'attitudine a servir di fondamento ai successivi. Esprimere questo risultato dicendo che i momenti della serie giuridica che si collocano nel passato sono riguardati come inesistenti giuridicamente, cioè come annullati, ovvero dicendo che quelli che si collocano nell'avvenire non possono più sorgere e se di fatto si verificano, giuridicamente si ritengono come inesistenti, cioè come direttamente proibiti, è in sostanza la stessa cosa». Ora non vi ha dubbio che in pratica possa esser sovente lo stesso dire che ciò che si è compiuto sino ad un certo punto non può esser proseguito e quindi cade nel nulla quanto alla sua efficacia reale, ovvero dire che precisamente si annulla ciò che si è fatto sin qui. Anzi potrà a prima vista parere che colla intercessione si tolga ogni forza ad una situazione giuridica creata da un atto iniziale (così ragiona il Mommsen) e quindi si debba parlare più esattamente di annullamento. Ma il giureconsulto che ha riguardo all'essenza intima degli atti giuridici, alla loro virtù attuale o latente di produrre effetti, il giurista che sa distinguere tra sospensione e interruzione del procedimento giudiziale, tra sospensione e interruzione della prescrizione, l'una recante l'arresto, l'altra l'annullamento di quanto è finora seguìto, non si lascerà illudere da fallaci ripieghi, pur riconoscendo che trattasi di una di quelle nozioni che ai profani e agli esordienti riescono le più ostiche a separare ed intendere. Vi ha un istituto che dimostra a meraviglia l'equivoco del Mommsen, ed è la *remissio*, vigente così nel diritto pubblico, come nel diritto privato. Non di rado nell'intercessione ad atti politici, di regola poi nell'intercessione ad atti di procedura, il magistrato intercedente si induce, o spontaneamente o dietro preghiere (non tutti gli oppositori ebbero la forza di irrigidirsi, come Marco Ottavio di fronte alle suppliche di Tiberio Gracco, e le storie ci hanno conservato scene vivaci di insistenza opprimente attorno all'intercessore) o dietro promessa di concessioni e garanzie (*cautiones, exceptiones,* ecc.), a recedere dall'opposizione; e allora le operazioni, il procedimento, tutto prosegue, ripigliando al punto in cui era avvenuto l'arresto: il che dimostra che nulla era stato annullato nella serie di operazioni, dichiarazioni, relazioni, azioni, che avevano preceduto. L'equivoco del Mommsen sarebbe poi intuitivo a chiunque, se alcuno, fraintendendo o proseguendo la teoria del grande storico tedesco, si proponesse di negare l'effetto meramente sospensivo, il veto operante per l'avvenire, anche nell'attività non propriamente giuridica, nelle operazioni materiali, nel qual territorio (che è poi quello che ci interessa), di nuovo il Mommsen non prende abbaglio. Sarebbe questa la dimostrazione *per absurdum* che la tesi del Mommsen non è sostenibile.

In terzo luogo il difetto di visione giuridica circa l'efficacia della *prohibitio* può anche confondere l'intelligenza del momento in cui la *prohibitio* ha luogo e indurre persino a correggere la terminologia delle fonti, a criticare i giureconsulti romani. Come si può asserire (dirà alcuno) che la proibizione deve intervenire *prima* dell'atto, quando può aver luogo anche *durante* l'atto e verso la fine di esso? Come i Romani possono affermare che la *prohibitio* e la *nuntiatio* hanno luogo contro l'*opus futurum*, quando di regola invece si dirigono contro l'*opus coeptum* o condotto innanzi, purchè non sia compiuto? Ora anche qui il Mommsen, dobbiamo convenirne, non prende abbaglio, almeno quanto alla posi-

vede che si tenta di passarvi sopra [1]). L'opera lesiva della cosa comune non era in nessun caso legittima, e generava la responsabilità per i danni di cui si poteva giudicare o nell'*actio communi dividundo* o anche indipendentemente nell'*actio legis Aquiliae*.

Passando ora alla disposizione giuridica della cosa, anche in questo territorio ciascun condomino è libero di compiere ogni atto giuridico, quando la sua natura e i suoi effetti lo consentano, *pro parte*. Ciascuno è libero di alienare *pro parte* la cosa, di costituire *pro parte* un usufrutto, un pegno, un' ipoteca, di derelinquere la sua parte [2]).

zione della questione. In realtà, come egli rileva nella discussione sull'effetto sospensivo o rescissorio di quella che egli chiama intercessione, ogni atto giuridico implica una serie di operazioni o di atti: lo Stato antico non ha la complicazione e la lentezza della nostra burocrazia, ma nondimeno non si vuol ridurre l'atto del magistrato ad un eccessivo semplicismo. Ora, diremo a un dipresso con le parole del Mommsen, se per chi ritiene l'effetto rescissorio la *prohibitio* interviene dopo, in quanto è diretta ad annullare l'atto o la serie di atti che precede, per chi ritiene l'effetto sospensivo essa interviene prima, perchè diretta a impedire l'atto o la serie di atti che seguono, che ancora rimangono a compiere. Il già fatto non si cancella, e quando tutto è compiuto, l'opposizione è vana. Ciò, di nuovo, è intuitivo, nelle operazioni materiali. Anche là dove per avventura la restituzione in pristino sia possibile, il veto non la impone: com'è noto, la *prohibitio* può ben arrestare l'*opus*, ma questo rimane al punto in cui esso è stato condotto: il proprietario non può esser costretto in forza di essa ad abbattere la costruzione iniziata o il muro elevato sino ad una certa altezza. Da qual momento si possa opporre il veto ad un atto o ad un'opera, se basti la mera intenzione ovvero occorra anche la manifestazione o l'inizio delle operazioni, può esser questione così nel diritto pubblico come nel diritto privato, ma è questione diversa, giacchè, qualunque sia il momento a partire dal quale l'intercessione è lecita, essa si dirige contro quello che si farà in seguito, e quindi interviene sempre prima dell'atto, sin tanto che vi è un atto futuro che è possibile impedire. Ad ogni modo anche in questa parte il parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato è tanto evidente che l'interpretazione nei due campi ne può esser potentemente soccorsa.

[1]) V. Bonfante, loc. cit. Il nuovo regime non è per vero attuato con tutta la chiarezza desiderabile, e i testi singolarmente esaminati potrebbero dar adito a credere che anche nel diritto giustinianeo vigesse il regime del *ius prohibendi* con qualche modificazione; che insomma l'ordinamento giustinianeo si accostasse bensì al regime disegnato nel testo, ma non vi rispondesse completamente. Tuttavia la combinazione dei vari testi e quel criterio di interpretazione che ci obbliga a dare la prevalenza alle finalità degli elementi di struttura più vivaci e nuovi, può favorire l'interpretazione che Giustiniano esiga il consenso di tutti i condomini.

[2]) Aggiungo anche la derelizione perchè l'effetto negativo è certo: *eius esse desinit*, dice Modestino nella L. 3 pr. *D. Pro der.* 41, 7.

Ma quando trattasi di atti giuridici, il cui effetto concerne la cosa *in solidum*, o di atti che ledono l'integrità di essa, allora il regime che risulta chiaro in una serie numerosa di testi, è il consenso generale: *omnes consentire debent; omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur*. L'esempio tipico è la costituzione di servitù, perchè in ordine alla servitù, anche volendo, non è possibile una costituzione *pro parte*. La costituzione autonoma di servitù è dunque sempre impossibile: impossibile *pro parte* per ragioni naturali, impossibile *in solidum*, perchè l'effetto concerne la cosa nella sua interezza, e quindi occorre il consenso degli altri condomini. Si ammise tuttavia che non occorresse la simultaneità dei consensi, ma potessero susseguirsi: onde l'atto del singolo condomino era piuttosto sospeso che nullo assolutamente.

Nel diritto classico vi era, oltre alla costituzione di servitù, un altro atto impossibile ad eseguirsi da un solo condomino: la manomissione dello schiavo. Anche questo era un atto impossibile ad effettuarsi *pro parte* per una ragione naturale, giacchè, come dicono le fonti, non può essere alcuno *pro parte* libero, *pro parte* schiavo, impossibile ad effettuarsi *in solidum* per ragione giuridica, giacchè si verrebbe a spogliare l'altro condomino della sua proprietà.

Tra gli atti giuridici impossibili ad effettuarsi dal singolo condomino parrebbe che noi dovessimo indicare altresì il seppellimento in un fondo comune, s'intende non destinato a sepoltura; poichè nel diritto romano il luogo della sepoltura diventa religioso, il che vuol dire *extra commercium*. Il condomino che compie un simile atto fa pertanto qualcosa di più grave che alienare la cosa. Giuridicamente egli la distrugge per la società. Se il luogo non divenisse religioso, noi avremmo una disposizione materiale della cosa, ma certamente pur sempre una disposizione eccessiva e lesiva del diritto dell'altro condomino: la conseguenza della religiosità (ispirata al concetto pagano della proprietà dei Mani del defunto) imprime all'atto un suggello ancor più rude. Tuttavia nelle Pandette è riconosciuto bensì il principio che il *ius inferendi mortuum* non compete al condomino trattandosi di estranei: ma si ammette che possa esser sepolto nel fondo comune lo stesso condomino, specialmente quando non abbia un fondo proprio ove trovar sepoltura. Non sembra però che il luogo

divenga religioso. Io ritengo questo ordinamento una deroga positiva ordinata da Giustiniano [1]).

Al regime giuridico si riconnette pure il tema controverso del *ius adcrescendi*. La nostra opinione, svolta pur essa in uno studio speciale, è che il *ius adcrescendi* vigesse intero ed intatto nel diritto classico, non solo in ordine alla manomissione parziale, ma anche in ordine alla parziale derelizione. Ma nel diritto giustinianeo la manomissione parziale è stata ordinata in modo apertamente anomalo, con riguardo alla libertà, la derelizione parziale fa luogo alla libera occupazione, non altrimenti che la derelizione operata dal proprietario esclusivo, e l'accrescimento in ordine agli acquisti dello schiavo comune è stato ricondotto sotto un punto di vista diverso [2]).

Quanto alle azioni, salvo la *rei vindicatio*, la quale non si può esperire se non *pro parte*, le altre in generale competono *in solidum* a favore o contro i singoli condomini: così la confessoria e la negatoria, l'interdetto *uti possidetis*, l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio de arboribus caedendis*, *noxalis*, *de peculio*, *institoria*, *exercitoria*. Allo stato attuale delle fonti competono tuttavia *pro parte* alcuni rimedi giuridici, ma i testi relativi sono stati appuntati dalla critica o potrebbero esserlo: l'*actio negatoria* per la *servitus oneris ferendi*, che grava sul fondo tetenuto in condominio, cioè nella posizione di convenuto [3]), l'*actio* in base alla *c. d. inf.* [4]), l'*actio a. p a.* [5]), e, se si vuole, l'*actio iniuriarum* [6]). La *operis novi nuntiatio* può essere fatta ad un solo [7]) e la *cautio ex operis novi nuntiatione* deve esser prestata a un solo o da un solo [8]). Dal lato attivo però la *operis novi nuntiatio* richiede di esser fatta da tutti i condomini per l'opera del vicino che lede la cosa comune [9]).

[1]) Cfr. *Istituzioni di dir. rom.* § 95, V ed. p. 235, nota 2 (anche nelle precedenti edizioni), e per questa opinione si schiera ora anche il PEROZZI, *Un paragone in materia di comproprietà* in *Mélanges Girard* II, p. 382.

[2]) BONFANTE, *Il ius adcrescendi nel condominio* in *Rendiconti dell'Ist. lomb.* (lettura tenuta il 26 giugno 1913) p. 831 sgg..

[3]) L. 6 § 4 D. 8, 5.

[4]) L. 40 § 2-3 D. 39, 2; cfr. per la *stipulatio* L. 27 eod.; per la *cautio* L. 5 § 1; L. 15 § 18 eod.

[5]) L. 6 § 1 D. 39, 3; L. 11 § 1-2 eod.

[6]) 15 § 49 D. *De in.* 47, 10; L. 16 eod.

[7]) L. 5 § 5 D. *De o. n. n.* 39, 1.

[8]) L. 21 § 5-6-7 D. 39, 1.

[9]) L. 5 § 6 D. 39, 1.

Tra i condomini stessi competono la *vindicatio*, l'*actio confessoria* per la servitù che grava sul fondo comune a favore del fondo proprio, l'*actio furti* [1]), l'*actio legis Aquiliae*, l'*actio noxalis*, l'*actio de plagio*, l'interdetto *quod vi aut clam* e l'*uti possidetis;* oltre le azioni che intervengono o possono intervenire per regolare i rapporti di godimento e l'amministrazione della cosa comune, l'*actio pro socio*, *communi dividundo*, *negotiorum gestorum*, *locati conducti*, e (per lo meno nel diritto nuovo) l'*actio incerti civilis* [2]).

Sono invece escluse tra condomini l'*actio iniuriarum* per aver battuto il servo comune, quando il condomino *iure domini id fecerit* [3]). l'*actio de peculio*, la *operis novi nuntiatio* e l'*actio finium regundorum*, l'una e l'altra anche nei rapporti con un fondo proprio vicino [4]). Controversa è la competenza dell'*actio negatoria*, salvo nei rapporti tra la cosa propria e la cosa comune [5]), e della *cautio damni infecti*.

La posizione dei singoli condomini pertanto in ordine alle azioni sembra rigidamente autonoma; e tra condomini sembrano ammesse unicamente le azioni che regolano i rapporti reciproci di mero carattere obbligatorio. Il tema peraltro merita uno studio speciale.

4. Delineato così il regime positivo del condominio, passiamo ad esporre le costruzioni teoriche, e la relazione logica con le singole parti di questo regime. Già di per se stesso apparirà assai dubbio in base all'esposizione precedente che vi sia una dottrina, la quale riassuma tutte le singole parti di questo regime. Se nel passaggio dal diritto classico al diritto giustinianeo si può gravemente dubitare che alcune parti fondamentali, come il *ius prohibendi* e il *ius adcrescendi*, siano state rovesciate, ed altre parti, come il diritto di procedere ai restauri, il *ius inferendi*, il regime delle azioni, più o meno profondamente ritoccate, è chiaro che una grande armonia non deve regnare nell'organismo dell'istituto.

La successione storica delle varie teorie è abbastanza nota: la

[1]) Con le debite cautele, giacchè si deve di regola stimare *eum qui partis dominus est iure potius suo re uti quam furti consilium inire*: L. 51 pr. D. *Pro socio* 17, 2.

[2]) Per queste ultime v. L 35 § 1 D. *Loc.* 19, 2 e L. 23 D. *Comm. div.* 10, 3.

[3]) L. 15 § 36 D. *De iniur.* 47, 10.

[4]) L. 3 § 1. 2 D. *De o. n. n.* 39, 1; L. 4 § 7 D. *Fin. reg.* 10, 1.

[5]) L. 27 D. 8, 2; L. 14 § 1 D. 8, 5.

teoria della divisione intellettuale della cosa e della divisione del diritto è la più antica: la teoria radicale del Perozzi è la più nuova: le altre sono tutte sorte negli ultimi decennii del secolo, ed i novissimi tentativi, anche quelli che hanno fatto lor pro della critica del Perozzi, non sono in fondo, come dicemmo, che tentativi di risurrezione. E poichè d'altra parte noi ci proponiamo di esser anche in questo disegno piuttosto schematici e rinunciare alle velleità critiche, ci giova di ordinare i varii sistemi secondo criteri di logica e di opportunità.

1° Teoria della proprietà unica su tutta la cosa attribuita a ciascuno dei condomini. « Il diritto (unico) non può esser posto in moto se non mediante il concorde volere di tutti i condomini ». È la teoria scientificamente più elaborata (Steinlechner, Eisele, Ihering) e assunta dai maggiori pandettisti (Windscheid, Brinz, ecc.), corrispondente alla dottrina della pretesa correalità nel campo delle obbligazioni. La formula da me riferita è del Windscheid: e poichè essa vuol rappresentare il concetto, è chiaro che « il concorde volere » ha un significato serio e assoluto, non è un rilievo pratico; non s'intende che la comproprietà, mancando l'accordo, si muova a disagio, ma ch'essa è in tal caso veramente inerte. Questa teoria esige logicamente che ciascun condomino da solo non possa usare della cosa, non possa percepirne i frutti, non possa compiere nessun atto giuridico, nè esperire alcuna azione, nè *pro parte*, nè *in solidum*, senza il consenso di tutti i condomini, perchè ciascun condomino non ha un diritto a sè, ma il diritto è unico, inscindibile. La teoria è concepibile, ma la necessità di un accordo pieno, perpetuo per qualunque esercizio di attività sulla cosa rende la costruzione che essa suppone, poco pratica, senza una serie molteplice di derogazioni. Nel diritto romano questa teoria ha a suo favore il regime degli atti giuridici relativi a tutta la cosa (non si può, è l'esempio tipico, costituire servitù sulla cosa, se non con la cooperazione di tutti); ha forse a suo favore nel diritto giustinianeo il regime della disposizione materiale della cosa, se si accetta la dottrina che il *ius prohibendi*, almeno nel diritto giustinianeo, equivale a consenso; si concilia col *ius adcrescendi* e coll'intervento del magistrato nel regolare il godimento. Contrasta invece col regime puro del *ius prohibendi*, che era probabilmente il regime classico, cioè della libera attività di cia-

scuno per intero, finchè non vi è opposizione; contrasta col regime dell' uso della cosa conforme alla sua destinazione, che è libero a ciascuno, contrasta, o soltanto a forza si concilia, col regime degli atti giuridici che si compiono *pro parte* e in particolare colla *derelictio-occupatio*, contrasta infine con tutto l'ordinamento delle azioni che si possono promuovere da ciascuno o *pro parte*, o per intero, ma sempre liberamente.

2° Teoria della persona giuridica concepita come soggetto del condominio (Langdorff, Voigt, e nel diritto civile italiano Luzzatto e Carnelutti). Questa teoria, la quale certamente in astratto ci rappresenta il tipo più familiare della *res communis*, esige che la cosa sia non solo amministrata dagli organi della persona giuridica, ma che la persona giuridica abbia unicamente essa il diritto di rivendicare cosa, di costituire servitù, ecc. Le difficoltà potranno riguardare soltanto il concetto di questa persona giuridica. Ammesso che il legislatore ordini il complesso dei condomini come un ente collettivo, si potrà discutere se questo ente collettivo creato unicamente pel miglior godimento della cosa in pro dei condomini stessi sia una persona giuridica. Nel condominio romano nessun elemento favorisce questa costruzione. Anche negli atti dove si esige il consenso, i condomini non sono organizzati per la prestazione di esso: anzi non dichiarano nemmeno in un unico atto e in un unico momento questo consenso, ma possono indipendentemente e in diversi tempi consentire [1]).

[1]) Per vero gli scrittori dell' ala estrema non sembrano ritener necessaria nemmeno l' organizzazione dei soci al concetto della persona giuridica o per meglio dire non ritengono che il sistema romano dell' unanimità significhi difetto di organizzazione. Tale è l' avviso del Carnelutti, il quale nel suo articolo, ricco di pensiero e di vita (*Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione* in *Riv. di dir. comm.* vol. II (1913) I, pp. 86, 127), demolisce ad uno ad uno i requisiti tradizionali della persona giuridica. Quale sia nel suo concetto la nozione minima di questo subbietto diverso della persona fisica non è chiaramente enunciato in una formula: dal ragionamento e dalla casistica dell' autore parrebbe, se io non mi inganno, poichè *incedo per ignes* (l' articolo è veramente incendiario), doversi desumere che si ha persona giuridica tutte le volte che più subbietti sono in tal dipendenza l' uno dall' altro che il diritto non può essere esercitato se non mercè un' azione comune, o altrimenti esso rimane inerte. Ora nel concetto di persona giuridica e nei suoi confini io ritengo per vero che vi possa esser dell' arbitrio; ma dubito che lo spingere a questo estremo la cerchia dell' istituto possa avere alcuna utilità. Vi ha non soltanto delle tradizioni giuridiche da rispettare, ma delle tradizioni sociali ed in-

Nel diritto moderno questa dottrina può invocare l'art. 678, a norma del quale per l'amministrazione e il miglior godimento della cosa co-

sieme il linguaggio comune. Anche dal mero punto di vista dommatico la costruzione di un istituto in tanto è giustificata, in quanto riassume in un organismo un complesso di regole: quando si demolisce la disciplina speciale, si demolisce anche l'istituto, il quale deve rispondere a finalità sociali e riassumere elementi positivi, non servire al piacere della speculazione. Vi ha un nucleo abbastanza solido e ricco di elementi, comune agli istituti tradizionali, che si riassumono sotto il concetto della persona giuridica: potrà esser utile allargare le maglie, ampliare la costruzione per albergare nuove figure, ma quando a furia di colpi di piccone si vuol costringere la casa ad ospitare le creature più disparate del mondo giuridico, essa finirà col cessar di essere una casa abitabile per divenire, al più, una rimessa: potrà anche esser utile fare questa trasformazione, ma sarà bene altresì mutar nome alle cose, e non costringere il pensiero sociale e il linguaggio comune ad inchinarsi all'arbitrio personale. Estensioni di tal natura possono avere effetto contrario a quello voluto dall'autore, cioè di richiamare il monito: macchina indietro a tutto vapore!

L'analisi giuridica nello scritto del Carnelutti è per vero assai ricca, e la dialettica spesso stringente nella sua demolizione; ma non mi sembra (forse l'occasione dello scritto non vi si prestava) che egli abbia avuto ben presente la visione generale del grave problema; più ancora non mi sembra che egli abbia apprezzato al giusto il punto di vista sociale. Il parallelo che egli istituisce tra le *universitates personarum* e le *universitates rerum* (l. c. pp. 87-89) lo dimostra. Alcune sue considerazioni sono argute e colpiscono certamente nel vero. Tuttavia nel complesso egli non scorge che la cosa e tutte le distinzioni di cose e nel caso nostro la cosa composta e le cosiddette *universitates* sono tutte categorie sociali, che il diritto in generale riconosce così come gli sono offerte, ma che noi non possiamo ricomporre a nostro arbitrio secondo criteri scientifici e personali, ma dobbiamo assumere e rispettare. (Per questo concetto meramente sociale della cosa e delle sue distinzioni in riassunto vedi le mie *Istituzioni* §§ 77, 78, 79, 5ª ediz. p. 219-232, specialmente p. 227, n. 1). « O esiste il gregge, o non esiste neanche la casa! » egli esclama. No, esistono così il gregge come la casa, ma solo in quanto la società riconosce come cose e il gregge e la casa, col carattere che la società ad esse imprime: l'edificio è una cosa composta, ma la pianta o la statua sono cose semplici, benchè il naturalista o il fisico non le riconoscano per tali. Nessuna astratta considerazione giova in simili rapporti, nessuna illazione dialettica si può fare dall'uno all'altro oggetto.

Il Carnelutti, per ridurre tutto a persona giuridica, spezza anche una lancia contro il diritto privo di subbietto. « Il *tram* che si muove da solo e il diritto privo di subbietto fanno il paio (l. c. p. 108, v. anche p. 107) ». - L'autore dimentica a questo riguardo l'organizzazione della società e lo Stato. Il *tram* si può ben muovere da solo nel senso almeno che può fare o proseguire il suo percorso senza passeggeri: ciò che non manca mai è l'organizzazione dei conduttori, distributori, controllori, che presiedono così al movimento, come alla tutela dei posti contro ogni indebita occupazione. Precisamente i Romani non concepiscono altrimenti i beni delle persone giuridiche che come *res nullius in bonis*. Sono *nullius in bonis* le cose pubbliche e delle città, sono *nullius in bonis*

mune l'insieme dei condomini opera come suol operare una persona giuridica.

3° Teoria della proprietà attribuita alla collettività o unanimità dei condomini non concepita come persona giuridica. (Barth e più nettamente Diez. Seeler in Germania, Manenti in Italia). Considerata dal nostro punto di vista, questa teoria ha una posizione singolare. I fautori della proprietà unica attribuita a ciascun condomino, contro nessuna teoria si mostrarono forse aspri come contro questa. Lo Steinlechner [1]), enunciando la teoria del Barth la chiama senz'altro « una mistificazione » degna appena di esser ricordata. Dall'altra parte gli autori che la sostengono, come il Diez, come il Seeler e il Manenti, è precisamente alla teoria della proprietà unica e intera in ciascuno, alla teoria del Windscheid, che muovono le loro critiche Ora contemplando le cose dal punto di vista del regime positivo, le due teorie coincidono pienamente. Dire col Windscheid e seguaci che nel condominio si ha un'unica proprietà spettante a tutti i condomini, ovvero col Barth, col Diez, col Seeler e col Manenti che la proprietà spetta alla collettività dei condomini, non però concepita come una persona giuridica; dire col Windscheid che il diritto di proprietà

le cose dell'eredità giacente, l'unico istituto analogo alle fondazioni esistente nel diritto romano, dove l'eredità non è acquistata all'erede prima dell'adizione. Se nei Gromatici s'incontra la parola *persona* a designare la città, ciò avviene in un senso affatto metaforico e plastico, non giuridico, poichè *persona* non ha il senso di personalità giuridica, non ha verun senso giuridico prima dell'epoca elleno-cristiana, e quanto all'eredità giacente, il vero istituto antesignano delle fondazioni, i testi che ne fanno una persona, come è stato dimostrato dal Di Marzo, sono tutti interpolati. La teoria del patrimonio o del diritto privo di subbietto è quindi precisamente la teoria dei giureconsulti romani: la teoria della personalità ha il suo addentellato in quei sottili e ingegnosi uomini greci che a un tempo stesso speculavano sulla personalità del Padre, del Figlio e della Santissima Trinità, recando nel campo del diritto non solo, come io più volte ebbi a notare, gli stessi concetti e lo stesso spirito delle disquisizioni teologiche, ma persino, come ora si rileva, le stesse forme esteriori e più singolari di trattazione (cfr. l'interessantissimo studio di HANS PETERS, *Die oström. Digestencommentare* ecc. in *Ber. üb. d. Verhandl. d. K. Sächs. Ges. der Wiss. zu Leipzig* 1913).

Quanto al condominio, la base negativa della teoria del C. che soggetto sia il gruppo di condomini concepito come persona giuridica è la teoria del Perozzi che sia inconcepibile la proprietà dei singoli condomini: sarebbe stato tuttavia consigliabile (benchè, data la voga, il C. sia degno di scusa) che egli avesse riveduto le basi di quella presunta dimostrazione, prima di elevare un paradosso su di un altro paradosso.

[1]) *Das Wesen der iur. comm.* I, p. 32.

non può esser messo in movimento se non dall'accordo unanime di tutti i condomini, ovvero coi seguaci di quest'ultima teoria, che il godimento e la disposizione della cosa comune dipendono dalla volontà collettiva ed unanime, può essere che concettualmente significhi cose diverse, in quanto si trasporta l'unità dall'oggetto al soggetto, ma in pratica è la stessa cosa. Pertanto, dato che l'unanimità non organizzata in persona giuridica si possa concepire come un subbietto, questa teoria nel regime positivo che può invocare e in quello che la contrasta, coincide con la prima; e il regime che la contrasta è pur sempre tutta la serie degli atti che ciascun condomino può compiere e delle azioni che può esperire da solo, in via autonoma, o *in solidum* o *pro parte* [1]).

Facciamo ora seguire due teorie, le quali hanno di comune che ciascuna ammette la proprietà *indipendente*, il *diritto autonomo* di ciascun condomino: tanti condomini, tante proprietà.

Questo raggruppamento, che dal punto di vista astratto può meravigliare (Scialoja preferisce di ricollegarsi all'Eisele e al Windscheid), dal punto di vista del regime positivo a me sembra che assegni il giusto posto alle teorie seguenti:

4° Teoria del concorso di più proprietà su tutta la cosa. È la

[1]) Non è il solo *ius prohibendi* il diritto autonomo dei singoli condomini, e se veramente le parole della mia recensione (*Riv. di dir. civ.* I, 1909, p. 290), in cui mi preoccupavo di non esagerare il contrasto colla tesi del Perozzi, danno adito ad un simile equivoco (Carnelutti, *Riv. di dir. comm.* 1913, I, p. 102), mi debbo essere espresso male; ma io non credevo si potesse dubitare che il diritto libero di ciascun condomino di percepire i frutti *pro parte*, di alienare *pro parte*, di esperire la *rei vindicatio*, le azioni di servitù, confessoria e negatoria, le azioni possessorie, le azioni di furto e lesioni, che competono al proprietario, e in generale la facoltà di rappresentare in giudizio la cosa e quasi sempre *in solidum* ecc., fossero una emanazione del diritto di proprietà, non credevo che si potesse, sulla fede di una critica paradossale, mettersi a cuor leggero e senza riesame in contrasto con tutta la giurisprudenza romana. Anche là dove il condomino cozza colla *prohibitio*, il diritto ch'egli esercita, finchè non entra in conflitto col *ius prohibendi*, è la proprietà. Il sistema dell'obbligazione, di cui tratteggiavo in quella recensione la formazione storica, interviene per render possibile il funzionamento pratico del condominio in molte parti, almeno nel diritto giustinianeo, ma in quelle stesse parti in cui si richiede l'accordo dei condomini o anche l'autorizzazione del giudice, l'accordo o l'autorizzazione non crea il diritto, ma elimina l'ostacolo, adempie la condizione posta al suo esercizio. Il re o il doge veneto compiono sempre atto sovrano, anche quando hanno bisogno della cooperazione o del parere di altri organi per agire.

teoria dello Scialoja, accolta dal Ferrini con una modificazione infelice, e da me in modo assoluto nelle varie edizioni delle mie Istituzioni e per una fase più arcaica nell'ultima edizione. Essa corrisponde alla teoria della solidarietà (cioè della pura solidarietà, secondo la vieta distinzione) nel campo delle obbligazioni. Noi potremmo designarla col nome di teoria della proprietà plurima integrale o totale, in antitesi alla teoria successiva.

La concorrenza di più dominii distinti ed interi sulla cosa intera implica che ciascuno dei vari condomini abbia il pieno e indipendente diritto di agire sulla cosa come egli vuole, senza esser tenuto a chiedere il consenso degli altri condomini, senza dover restringere il proprio godimento ad una quota ed abbia, per così dire, la rappresentanza integrale della cosa in tutti gli atti giuridici relativi ad essa. Pertanto ciascuno dovrebbe avere non solo il diritto di usare della cosa nella sua pienezza, ma anche il diritto di raccoglierne tutti i frutti, di alienare, di rivendicare tutta la cosa, di costituire un pegno e un'ipoteca su tutta la cosa, di costituire servitù, di sostenere liberamente tutte le azioni, ecc. Questo stato di cose parrebbe voler significare un *bellum omnium contro omnes*, e l'accusa di inconcepibile che noi abbiamo respinta per le altre teorie parrebbe impossibile a respingere per questa.

Nondimeno è la teoria dello Scialoja quella che, prescindendo per ora del condominio romano, potrebbe avere a suo favore il maggior numero di esempi, di analogie, di paralleli. In alcune forme della proprietà collettiva noi abbiamo un diritto indipendente in ciascuno degli utenti, che non ha limite giuridicamente e per cui ciascuno può reclamare un'indipendente tutela, come il diritto di pascere nel prato comune, di far legna nel bosco comune ecc. L'ordinamento comunistico ricordato da Seneca dei posti in teatro dei senatori e cavalieri attribuisce il diritto di occupare il proprio seggio dovunque nello spazio riservato a sè e ai colleghi. Il diritto stesso sulle cose comuni, sulle *res communes omnium*, attribuisce a ciascuno una facoltà indipendente di agire sulla cosa comune o pubblica, di passeggiare sulla via, di stendere reti sulle rive del fiume o del mare, costruirvi capanne, pescare nei fiumi o nel mare e così via.

Nell'ordinamento collegiale romano delle magistrature (per non dire della regalità collettiva e in generale della direzione collettiva

del corpo sociale, che noi troviamo largamente diffuse nel mondo antico, in Grecia, in Oriente ed in Africa o nei regni barbarici dell' alto medioevo, e di cui non è sempre agevole stabilire l'ordinamento) sembra che si abbia il parallelo pubblico a questo concetto privato, cioè una pluralità di sovrani ordinata in guisa che ciascuno ha teoricamente piena facoltà di agire come se il collega non esistesse. Ma nello stesso diritto privato romano rileviamo un simile ordinamento nella cura collettiva e, pare, nella tutela testamentaria.

Questi esempi ci giovano a comprendere le condizioni a cui una simile costruzione deve obbedire: o che il godimento della cosa sia di tal natura da rendere possibile la concorrenza plurima in generale o che si crei una norma per evitare il conflitto. La prima cosa si verifica nelle *res communes omnium*, nelle *res publicae*, e si può anche ritenere nel condominio di diritto germanico. Si tratta di godimenti in ciascuno così limitati che difficilmente si può ad essi attribuire il titolo di diritti di proprietà: anzi per le *res communes* e le *res publicae* effettivamente non si attribuisce, ed è giusto, perchè in ultima analisi è escluso ogni sfruttamento economico della cosa. Ed è caratteristico il passaggio delle *res communes* o delle *res publicae* alla proprietà non appena lo sfruttamento economico si rende possibile o si inizia.

Quanto alla norma per evitare il conflitto, se la cosa o l'uso non è tale da tollerare un godimento plurimo, integrale, non può essere che o la prevenzione, la preoccupazione, o l' intervento arbitrario del magistrato o il veto dell' altro titolare.

Quest'ultimo è il regime romano della collegialità, della tutela, della cura collettiva: l'istituto del *ius prohibendi* diviene il correttivo per evitare il conflitto tra i vari diritti. Correttivo troppo energico, perchè il divieto di un solo arresta l'azione di tutti. È questo il regime che più di ogni altro abbisogna di temperamenti pratici, ed in effetto così funziona la collegialità nel diritto pubblico.

Considerando ora il regime positivo del condominio, è chiaro che la teoria dello Scialoja ha a suo favore la libertà dell'uso di ciascuno e il regime del *ius prohibendi* nella disposizione materiale della cosa, inteso nella sua purezza, come era probabilmente nel diritto classico, cioè come libera azione di ciascuno, finchè non si viene a cozzare colla *prohibitio*: ben più che conciliarsi col *ius adcrescendi*,

può invocare questo diritto come una delle più pure ed impellenti conseguenze del concetto: ha infine a suo favore il regime delle azioni esperibili indipendentemente e *in solidum* da ciascun condomino, cioè della maggior parte delle azioni e si concilia coll' intervento giudiziario. Ha contro di sè il regime della percezione dei frutti (*pro parte*) o almeno questo regime non si potrebbe se non artificiosamente conciliare con essa; ha contro di sè il sistema del consenso nella disposizione materiale della cosa, l'ordinamento della *derelictio-occupatio* e in generale tutto il regime degli atti giuridici che si compiono *pro parte* o esigono la cooperazione generale, e infine la competenza di alcune azioni solo *pro parte*.

5° Teoria della concorrenza di più proprietà parziarie su tutta la cosa. Ciascuno ha un diritto autonomo, indipendente, che pel carattere e pel suo contenuto è la proprietà, ma per la sua misura, per l'estensione sua è limitato in una quota di quella che sarebbe la sua esplicazione totale. È la teoria più antica e più diffusa: la teoria che innegabilmente (lasciamo stare la questione se quei mediocri teorici fossero nel vero) nutrivano i giureconsulti romani. Questa costruzione del condominio parrebbe corrispondere al concetto comune delle obbligazioni parziarie indivisibili.

In antitesi alla precedente noi potremmo designarla col nome di proprietà plurima parziale. Io comprendo anche senz'altro in questa teoria la cosiddetta divisione intellettuale della cosa, la quale così nei giureconsulti romani, come nei romanisti, che la professano non è che una forma verbale della presente, si fonde e si confonde con essa, si scambia nello stesso periodo, per quello scambio naturale che avviene tra la cosa e il diritto di proprietà, che la investe tutta [1]). E come noi dobbiamo tollerare in ordine alla proprietà il linguaggio comune, che la confonde con la cosa, anzi cediamo spontaneamente ad esso, così dobbiamo tollerare lo stesso linguaggio in ordine alla comproprietà, nè per mostrare dell'acume appuntare le critiche contro una formula verbalmente scorretta. Giova un po' di carità non solo cogli uomini, ma anche con le dottrine [2]).

[1]) Cfr., ad es., la celebre L. 5 D. 45, 3: «intellectu magis partes habeant quam corpore (parti intellettuali o ideali della cosa)»: «pro parte qua dominium in eo habent (parti del dominio)».

[2]) Dato lo scopo che io perseguo, non mi accade nemmeno di intrattenermi sulle astratte controversie se sia diviso il diritto o il contenuto di esso, se la di-

Questa teoria esige che ciascuna facoltà del proprietario, il cui contenuto si può misurare, vale a dire ciascuna facoltà divisibile, sia esercitata liberamente, senza ostacoli, da ciascuno dei proprietari, ma in una misura corrispondente alla quota che segna l'estensione del suo diritto. Ciascuno avrà il diritto di percepire una quota dei frutti se la cosa è fruttifera, ciascuno potrà rivendicare o alienare la sua *pars dominii*, ciascuno potrà rinunciare *pro parte* al suo diritto e l'abbandono della parte ha lo stesso effetto dell'abbandono del tutto, cioè che conforme al regime generale della *derelictio* e della *res nullius*, il titolare è libero da ogni peso e da ogni responsabilità per la cosa, e chiunque può impadronirsi della cosa, nè subentra necessariamente l'altro condomino. Quanto alle facoltà indivisibili, è manifesto che esse, per poco che trascendano certi limiti e l'attività del singolo comprometta l'esercizio delle medesime da parte degli altri condomini, non si potranno esercitare dai singoli, e quindi, se non si vuol rendere il diritto inerte, conviene stabilire dei temperamenti, come nel regime delle cosiddette obbligazioni indivisibili.

Ciò posto, questa teoria ha a suo favore tutti quanti gli atti di disposizione materiale e giuridica che si compiono *pro parte*: si può conciliare col regime degli atti indivisibili, che non potendosi esercitare *pro parte* esigono il consenso di tutti, e coll' intervento giudiziale. Ha contro di sè il regime puro del *ius prohibendi*, quello del

visione sia ideale o reale ecc. Io considero altresì come una variante puramente verbale della teoria della proprietà parziaria, la dottrina dello Scheurl, accolta in Italia dal Segrè. Secondo questa teoria (non starò a ripetere la formula terribilmente scientifica, cioè terribilmente massiccia dello Scheurl) vari diritti sono identici nell' oggetto, che è la cosa intera, identici nel contenuto, cioè nel complesso delle facoltà che ciascuno comprende, ma divisi quanto all' estensione, cioè quanto agli effetti che ne derivano; e se gli effetti sono divisibili, come, ad esempio, la percezione dei frutti, allora la divisione ha luogo *ipso iure*, secondo la misura del diritto di ciascuno. Ora questa dottrina ripete la teoria della divisione del diritto secondo il suo contenuto, salvo che intendo i termini diversamente. Non si può immaginare, infatti, che i seguaci della teoria della divisione del diritto secondo il suo contenuto intendano che le varie facoltà che scaturiscono dalla proprietà vadano distribuite tra i vari condomini in modo eterogeneo, di guisa che all'uno spettino, ad esempio, la facoltà di usare e abitare nel fondo, all'altro la facoltà di percepire i frutti e così via; essi intendono precisamente che tutte le facoltà spettino a ciascuno dei condomini, ma in una misura limitata e definita dalla quota, vale a dire intendono il contenuto nel senso in cui dallo Scheurl s' intende l'estensione del diritto.

ius adcrescendi, per lo meno in quanto l'accrescimento si faccia derivare dal concorso, e la possibilità di esperire le azioni *in solidum*.

6° Teoria della negazione della proprietà, così nei singoli condomini, come nell'insieme di essi. Ciascun condomino ha un diritto *sui generis* che non è la proprietà È la teoria del Perozzi. Essa è perfettamente concepibile [1]). È possibile, invero, un ordinamento positivo in cui la cosa sia gravata di diritti speciali, e nello stesso tempo, per così dire, vacua di dominio. Una simile condizione si verifica spiccatamente nelle *res religiosae*, e si potrebbero aggiungere forse anche le *res publicae* e gli esempî citati e commentati argutamente da Seneca, come i posti distinti in teatro attribuiti a cavalieri e senatori. Su ciascuno di questi oggetti i titolari hanno diritti determinati, limitati: il diritto di uso, il diritto di occupare un seggio qualunque, il *ius sepulchri*. Non si può dire che alcuno degli utenti abbia la proprietà, nè si può dire che l'abbia lo Stato, il quale esercita puramente la sua tutela, non solo perchè i terzi non aventi diritto, come nel *ius sepulchri* o nei seggi al teatro, non turbino l'esercizio degli aventi diritto, ma altresì perchè gli aventi diritto non

[1]) Ciò non significa (è questo il vizio del ragionamento del Perozzi, come del ragionamento di ogni scrittore) che debbano essere inconcepibili tutte le altre. La comunione dei diritti non implica punto necessariamente che sparisca il concetto del diritto cui si riferisce la comunione, nemmeno se questo diritto è il più ampio, come la proprietà o la sovranità. Regalità collettiva e magistrature collettive sono manifestazioni storiche frequentissime, come dicemmo, nell'evo antico e nell'evo moderno, ordinate nei modi più varî, dalle regalità elleniche, puniche o numidiche ai regni barbarici, dalle magistrature elleniche, puniche o romane sino al direttorio francese: nè si può dire che in questi Stati la sovranità sia assente.

D'altra parte precisamente la proprietà e la sovranità sono i diritti più elastici possibili, in quanto passano da un massimo ad un minimo di facoltà, e tutte le facoltà possono esser condizionate e regolate in guisa da ridurre l'esercizio di esse un problema arduo o un puro onere. Tanto è sovrano l'odierno sovrano costituzionale o il presidente di una repubblica europea o, peggio ancora, il doge della repubblica veneta, di cui non credo che la storia delle costituzioni registri un figurante più splendido, quanto è proprietario il titolare di un fondo, su cui grava un usufrutto o un uso civico perpetuo o incombono vincoli di alienazione, obblighi e divieti di colture speciali, divieti di sopraelevazione o di costruzione in generale, servitù e oneri di ogni natura. Nel condominio romano, poi, se vi ha tratto caratteristico è l'autonomia dei singoli condomini, comunque si debba concepire il diritto di ciascuno o l'estensione di esso; se vi ha teoria da respingere, è quella che incentra la proprietà nell'insieme dei condomini concepiti come persona giuridica.

eccedano, non sfruttino la cosa oltre i limiti consentiti, cioè in quel modo economico che corrisponde al concetto della proprietà. Ed è in parte appunto perchè simili cose non sono oggetti di uno sfruttamento economico, qual è il contenuto essenziale del dominio, che i Romani dicono, nonostante i diritti che su di esse gravano, che esse sono *nullius in bonis*. Ciò che non dà reddito, e non può esser oggetto di scambio, non appartiene ai *bona*, al patrimonio. La teoria che nega la proprietà, sia nei singoli condomini, sia nella collettività di essi, è vera adunque, a patto che si applichi ad una cosa che non possa e non debba essere economicamente sfruttata sotto nessun aspetto. Questo e non altro può essere il condominio del Perozzi.

È manifesto che nel regime della comproprietà romana non è agevole trovare un elemento favorevole a questa teoria. Vi contrasta tutto il regime degli atti giuridici che si compiono *pro parte*, delle azioni che si possono esperire indipendentemente, *pro parte* o *in solidum*, e il regime puro del *ius prohibendi*. Ma non si può dire che la teoria sia realizzata dal regime del consenso, sia negli atti giuridici relativi a tutta la cosa, sia nella disposizione materiale della cosa, o dall'intervento giudiziale, perchè ad ogni modo se l'accordo o l'obbligazione tra condomini o l'autorizzazione del magistrato può condurre allo sfruttamento economico e completo della cosa, ciò significa che vi è una entità, la quale ha diritto di disporre, che insomma la cosa è oggetto di proprietà [1]).

5. La posizione di chi si accinge a costruire in materia di condominio è quasi tragica. È inutile illudersi di riuscirvi senza lasciare un vasto campo al *ius singulare*. L'indirizzo speculativo può avere in parte la sua giustificazione in questo, che là dove la legge ci offre in uno stesso istituto principî cozzanti, noi dobbiamo ispirare le nostre costruzioni e la nostre decisioni a criteri d'ordine più generale.

È qui il territorio in cui, necessariamente, istintivamente, dalle due famose scuole romane dei Proculeiani e Sabiniani sino alle ten-

[1]) Non considero le formule proposte dal Bonelli: proprietà in sospeso (*Riv. di dir. comm.* I (1903), I p 300), forma di collegamento diverso dalla proprietà, (*Riv. di dir. civ.* II, 1909, p. 606), perchè, enunciate nel corso di due polemiche, non hanno avuto uno sviluppo sufficiente, nè è chiaro se per la seconda formula l'autore abbia inteso di abbandonare la prima: benchè io ritenga probabile che egli abbia voluto soltanto completarla.

denze moderne, i giureconsulti si separano in due schiere, secondo che si tengano aderenti alla struttura di un dato sistema legislativo, che rappresenta sempre stratificazioni diverse e in parte arcaiche, ovvero dieno peso alle sue funzioni, in cui le norme più vitali ed attive assumono una posizione prevalente di fronte alle norme meno vivaci, che talora ci presentano il *caput mortuum* di un antichissimo passato.

I primi si ispirano prevalentemente a motivi razionali, i secondi a ragioni sociali ed economiche. Naturalmente all' estremo di queste due schiere vi hanno coloro i quali intendono far prevalere il rigore della logica formale anche là dove la più evidente praticità suggerisce l' interpretazione più congrua, ovvero i criterî dell'opportunità e dell' economia, anche là dove la logica di un istituto s' impone con tutta la forza. Ma vi ha realmente una zona media in cui due indirizzi e due soluzioni possono essere egualmente nel vero. Tanto erano nel vero i Sabiniani che, in difetto di norma legislativa espressa, dovendo pur fissare un termine dell' impubertà, richiedevano l' ispezione materiale, quanto i Proculeiani che ricorrevano alle consuetudini sociali e alle cerimonie che ne fissavano l'avvento ai quattordici anni. Tanto erano nel vero gli uni ad esigere una visibile apprensione ed una insistenza materiale per l' acquisto del possesso, quanto gli altri che riconoscevano l' acquisto *solo animo* in quei casi in cui la coscienza sociale riconosce alcuno come possessore, anche senza materiale apprensione. E se i Sabiniani, per giudicare se il nato aveva vissuto o era nato morto, avevano riguardo a qualunque manifestazione di vita, noi non potremmo dar torto ai Proculeiani che, tenendo presente la funzione del diritto, non si allontanavano dagli usi sociali, che solo nel pianto del neonato vedono il primo segno della vita.

Nel tema del condominio noi potremmo ricercare quale fosse la ispirazione classica e quale l' ispirazione giustinianea. Ma per l'applicazione del criterio finale ci mancano pel diritto classico gli elementi completi e nel diritto giustinianeo noi potremmo esser liberi di supporre che nel lungo periodo storico in cui questo diritto ha esercitato il suo impero, diversi elementi del regime del condominio abbiano avuto nella pratica una importanza diversa e quindi sarebbe legittimo attribuire ad essi secondo le varie fasi un'influenza più o meno pre-

valente nella determinazione del concetto. In un essere vivente noi possiamo giudicare quali sono gli organi più attivi ed essenziali: in un organismo, di cui conosciamo soltanto la struttura (e non sempre con assoluta sicurezza in tutte le parti), noi corriamo il rischio di attribuire una prevalente importanza ad elementi di struttura, che sono mere e talvolta dannose sopravvivenze.

PIETRO BONFANTE.

ANCORA SULLA GENESI DELLA TEORIA

DELLA "FRAUS LEGI"

1. Nel mio scritto su «Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana»[1]) io ho inteso dimostrare che la dottrina degli atti *in fraudem legis*, quale è concepita ed applicata dagli scrittori e dalla pratica nel diritto intermedio e moderno, è assolutamente estranea alle fonti romane, nelle quali quell'espressione non significa se non una vera e propria violazione della legge, a cui l'essere larvata e indiretta, e così meno facile a scoprirsi, non tolgono di restar soggetta alle sanzioni legislative, ma solo entro i limiti dell'applicazione normale dei consueti criterii d'interpretazione.

Il tentativo di sottrarre al diritto romano la paternità di quell'infelice teoria pare abbia incontrato favore[2]): a una divergenza d'opinioni diede invece origine la determinazione del modo e dell'epoca in cui quella teoria è sorta. Mentre io ho ritenuto[3]) che essa è estranea al diritto giustinianeo non meno che al diritto classico, e deve la sua origine ai commentatori del diritto intermedio, il Pacchioni[4]) ha rilevato nelle fonti alcuni spunti che lo inducono a ravvisarvi un'elaborazione compilatoria, e ultimamente il Lewald[5]), pur non ritenendo possibile trarre dalle fonti una soluzione sicura[6]), adduce una serie di considerazioni che sembrano farlo propendere, sebbene con molte riserve, alla medesima tesi. Giacchè del breve scritto del Pacchioni io non avevo

[1]) Torino, Un. tip. ed. 1911.

[2]) Cfr. specialmente Bonfante, *Istit.*[5] p. 27 in nota; Ascoli in *R. D. Civ.* 1911, 603; Caporali in *RISG.* LI, 137; Albertario in *Mon. Trib.* 1912, 459; Lewald in *ZSSt.* 1912, 586.

[3]) *Frode*, p. 32 sg,

[4]) In *R. D. Comm.* 1911, 2. 332 sg.

[5]) In *ZSSt.* cit.

[6]) Loc. cit. p. 593.

potuto occuparmi se non in una nota, a stampa quasi ultimata del mio lavoro [1]), sono lieto che la recensione del Lewald mi offra l'occasione di tornare sull'argomento. Alla tesi dal P. semplicemente abbozzata, il L. aggiunge più d'un elemento nuovo che è necessario valutare nella sua giusta luce: e, d'altra parte, un più largo esame delle fonti greche, che ebbi occasione di rivedere completamente, permetterà di integrare questa parte della mia dimostrazione che per avventura fosse potuta sembrare troppo sommaria.

2. Il problema delle origini giustinianee della dottrina della *fraus legi* implica lo studio di tre punti, distinti sì, ma che si integrano a vicenda.

I compilatori hanno alterato qualche testo classico ispirandosi a quella dottrina? Vi sono tracce di questa dottrina nelle costituzioni emanate da Giustiniano o già nelle costituzioni imperiali post-classiche? Si riscontra questa teoria nelle fonti bizantine, e in particolare nei giuristi contemporanei o di poco posteriori alla compilazione?

La dimostrazione del P. fu impostata quasi esclusivamente sul primo punto: quasi esclusivamente dico, giacchè accanto ai testi che ritiene interpolati, egli adduce per vero la l. 5 C. l. 14 come indice dello spuntare della dottrina della *fraus legi* già con Teodosio II [2]). Ma questo è, peraltro, il punto meno solido della sua dimostrazione, ed anzi io amo credere che il P. stesso rinuncerebbe ad insistervi se, come vivamente mi auguro, avesse a tornare sull'argomento. Altro è, infatti, l'*exaequatio* dell'*agere in fr. legis* al *contra legem agere*, altro il problema di cui, solo, la legge citata si occupa, della nullità degli atti compiuti *contro* il divieto legislativo anche quando la nullità non sia nella legge espressamente comminata, ossia, secondo la terminologia delle fonti, l'attribuzione del carattere di *lex perfecta* a tutte le leggi proibitive. Questo solo è il significato della *constitutio theodosiana* [3]): il L. non esita a convenirne pienamente [4]).

[1]) Pp. 158-159. Lo studio sulla *fraus legi*, uscito per le stampe nella primavera 1911, fu presentato per il concorso FERRINI del R. Ist. Lombardo nel dicembre 1909.

[3]) Loc. cit. p. 7 dell'est.

[2]) *Frode*, p. 119 sg.

[4]) Loc. cit. pp. 589 e 594. Il riferimento della Cost. teodosiana a questo problema non era, del resto, sfuggito al PACCHIONI stesso (*Corso* l. p. 112, n. 1 in fine).

Quanto ai due testi del digesto alla cui alterazione il P. dà peso - 29 § 1 D. 16. 1 e 3 § 3 D. 14. 6 - io credo di poter mantenere e avvalorare anzi con nuovi rilievi, il punto di vista già espresso. Quanto alla genuinità sostanziale della l. 29 § 1, essa è stata energicamente riaffermata anche, incidentalmente, dal Longo [1]): quel paragrafo può ben essere l'avanzo di una trattazione concreta ma non una creazione *ex novo* dei compilatori. A parte l'assenza, già rilevata, di ogni elemento formale di sospetto, se veramente i compilatori avessero creduto opportuno formulare essi una massima di quel genere, l'avrebbero piuttosto congiunta, con uno dei consueti *nam*, *enim* o simili, al paragrafo che precede, giacchè quella massima dovrebbe avere, per loro, il valore di una giustificazione generale Invece, conservare il responso del giurista classico sopprimendo l'esposizione della fattispecie, è proprio, per i compilatori, un sistema normale: basta scorrere nella Palingenesi del Lenel i frammenti dei responsi di Paolo, anche solo quelli di questo libro XVI [2]), per accorgersi che in alcuni almeno di quei testi fu soppressa la fattispecie, giacchè dalle parole del responso conservate dai compilatori non risultano con sufficiente chiarezza i presupposti della decisione. Tale è appunto il caso della l. 29 § 1 [3]), di fronte alla quale sarebbe vana la ricerca del caso concreto a cui Paolo riferiva la sua risposta.

Quanto alla l. 3 § 3 D. 14. 6, l' interpolazione può dirsi sicura: non solo per gli indizi formali, ma perchè in realtà l' inciso ⟨*quod - vicem*⟩ distrugge la riserva fatta da Ulpiano nella parte che precede. Ulpiano infatti osservava essere sottratta al SC. Macedoniano la vendita a credito, anche se il pagamento del prezzo fosse dedotto in stipulazione, perchè, sebbene « coeperit esse mutua pecunia », pure manca la « pecuniae numeratio »: precisamente questa vendita a credito vuole invece colpire Giustiniano, giacchè non altrimenti credo potersi intendere la specie che si prospetta nell' inciso interpolato (« venderet ut ille rei pretium haberet in mutui vicem » [4]). Ma, nonostante la

[1]) In *R. D. Civ.* 1911, 596.

[2]) Cfr., p. es., i fr. 1582 (15 D. 22. 1); 1584 (19 D. 34. 9), 1585 (43 D. 42. 1); 1586 (3 D. 49. 8).

[3]) Il fr. 1580 di Paolo nella Palingenesi andrebbe quindi, a mio avviso, diviso in due parti.

[4]) Il caso mi sembra, a ogni modo, diverso da quello, pure sospetto al P., della l. 7 § 3 *h. t.*, dove il *filius familias* vende le derrate dategli a mutuo: quivi

espressione usata - dalla quale non conviene lasciarsi impressionare - pare a me che qui sia decisivo non tanto l'elemento intenzionale secondo la teoria tipica della *fraus legi* quanto semplicemente la considerazione obbiettiva che la compravendita non adempie la normale funzione sua, bensì la funzione di un mutuo: l'intenzione del creditore sarà certo rilevante, ma, al solito, come elemento probatorio: di per sè essa sarebbe insufficiente, e può anche riuscire superflua quando ricorrano altri elementi di prova, come ad esempio il fatto che il creditore eserciti la professione d'usuraio, che egli sia solito contrarre negozi di siffatto genere, anche non con *filii familias* e quindi anche astraendo da qualsiasi pensiero di frode.

A questi due testi, e nel medesimo ordine di idee, il Lewald ne aggiunge un terzo: la l. 14 § 5 D. 40. 9. Egli ammette l'interpolazione non solo, come è pacifico [1]), dell'inciso ⟨*et hoc - adprobatum*⟩ ma, accettando la mia dimostrazione [2]), di tutto quanto il paragrafo: egli dubita però che questo rilievo basti a togliere al passo il valore che sembra avere per la tesi a me contraria. Sta bene - egli pensa - che si tratti non di interpretazione giurisprudenziale bensì di statuizione positiva; ma questa è pur sempre formulata in modo da far supporre che i compilatori si ispirino alla tipica teoria della *fraus legi*. Ma, lasciando per il momento da parte ogni considerazione generale, osservo subito che, nel caso concreto, la portata del rilievo è più apparente che reale: giacchè anche qui l'espressione «*in fraudem legis*» che i compilatori desumono dalla fraseologia classica, conserva il suo consueto valore obbiettivo di «lesione», «violazione della legge». Ciò è confermato dalla struttura stessa della frase ado-

l'applicazione del SC. è normale giacchè, come nel caso analogo della l. 11 pr. D. 12. 1, il rapporto si trasforma in mutuo di danaro col fatto della vendita. Esso è quindi un caso di vera violazione del SC. e poco quindi rileva per la teoria tradizionale della *fraus legi*. Il testo sembra a me, anche, nel suo complesso genuino. Quanto all'anomalo, o quanto meno poco preciso, *fructibus* che il KRÜGER vuol sopprimere (cfr. anche LENEL, *Paling. Ulp.* n. 876) non può certo difendersi, come tentò lo SCHULTING, col richiamo della l. 23 C. 4. 32. (oleo quidem ⟨*vel quibusdam fructibus*⟩ mutuo datis [-o]) giacchè ivi si tratta con ogni verosimiglianza di una brutta generalizzazione compilatoria: cfr. per una generalizzazione analoga, in un inciso già sospetto, l. 2 § 1 C. 4. 48 (...si oleum vel frumentum vel his similia...).

[1]) LENEL, *Paling. Ulp.* n. 1966; HEUMANN-SECKEL,[9] *Nachtrag*, p. 641, s. v. *dilucidus*.

[2]) *Frode*, p. 60.

perata: «*quasi in fraudem legis hoc factum sit*, non debet valere» non deve avere efficacia *come se* fosse fatto *contro* la legge, *come se* fosse un caso di *violazione* del divieto. Se i compilatori fossero qui ispirati dalla teoria tipica della fraus legi nella sua concezione soggettiva, essi avrebbero scritto «*cum*» o «*quoniam* in fr. l. hoc factum sit (est)»: solo di fronte a una giustificazione così formulata noi, dovendo ammettere che proprio una violazione esplicita ed ovvia del precetto legislativo non c' è, potremmo esser indotti a concludere che «fraus legi» ha, qui, un valore speciale. I compilatori, coll'espressione usata, si mostrano consci e del valore vero della frase e della portata della loro interpolazione: essi innovano come legislatori perchè sanno che per via d' interpretazione a quel risultato non si poteva arrivare, come di fatti non vi erano arrivati i classici [1]).

È analogo, a mio avviso, il carattere dell' interpolazione, altra volta rilevata, della l. 34 (33) § 1 D. 48. 5 [2]); e così pure di quella che credo doversi ravvisare nell'altra estensione fatta nella l. 12 § 6 D. 40 9 relativa alla manomissione dopo i sessanta giorni ma in pendenza del processo d'adulterio. La forma dell' inciso finale ⟨*sane in hunc casum subveniendum est*⟩, è tipicamente compilatoria, ed ai compilatori deve per conseguenza riferirsi anche l' inciso ⟨*quod ad verba legis attinet*⟩, destinato a preannunciare la riserva: Ulpiano, di fronte all'esplicito tenore della legge, di cui non mancava, del resto, di rilevare la durezza [3]), non si credeva lecito di arrivare a quella soluzione. Non si vuol negare che la decisione data da Triboniano sia praticamente plausibile: ma a me interessa far notare che il criterio di decisione è prettamente obbiettivo: si ragiona sul contenuto effet-

[1]) Il rilievo fatto in *Frode*, p. 159, vale per chi dubitasse dell' itp. di tutto il paragrafo. Che poi, quanto alla sostanza, la giurisprudenza classica non potesse arrivare a questa interpretazione della norma che parla di 60 giorni «a partire dal divorzio», mi par evidente, ed il L., riconoscendo l' itp., l' ammette.

[2]) *Frode*, p. 61. Nei Basilici uno scolio riproduce l'espressione del frammento latino (Hb. 5. 737 sch. 3: ἵνα μὴ περιγράφηται ὁ νόμος): il testo, tratto dall'*index* di Dorotheo (ibid.) più sommariamente dice senz' altro: ὑποκείται τῷ νόμῳ.

[3]) Cfr. al § 1: «quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est». Nel § 2 dubito fortemente della genuinità dell' inciso ⟨*quod ad verba attinet*⟩, che sembra preludere a un rilievo antitetico della *sententia legis* che viceversa non è fatto, lasciando il testo logicamente in sospeso. È noto del resto che in questa materia la legislazione di Giustiniano ebbe ad intervenire positivamente: cfr. l. 35 (36) C. 9. 9 per il caso della morte della moglie dopo il divorzio.

tivo della legge di fronte al rigore dei *verba*, ma questo « contenuto effettivo » è il legislatore che lo pone

3. Non credo di avere a torto insistito, nel mio scritto sulla frode, sul fatto che poco o nulla giovano, come indici della teoria della *fraus legi*, statuizioni di carattere legislativo, abbiano esse una formulazione autonoma o siano inserite per interpolazione in testi giurisprudenziali: dove il legislatore interviene, nòn c'è più opera interpretativa, anzi in tanto egli interviene in quanto non può o non sa intervenire l'interprete.

Non è, certo, privo di valore il rilievo mosso dal Lewald, che cioè siffatta argomentazione presuppone che il legislatore, conscio della sua vera funzione, non emani norme superflue: presupposto che si avvera di fronte alla legislazione comiziale o senatoria, non di fronte a Giustiniano [1]). Ma qui pure convien metter le cose in chiaro. Certo è caratteristica dell'opera legislativa di Giustiniano quella preoccupazione di impedire l'elusione della legge, di assicurare che essa raggiunga integralmente lo scopo voluto, la quale è proprio una delle tendenze che stanno a base della teoria della *fraus legi* e che nel diritto intermedio ne hanno favorito lo sviluppo: e certo a quella preoccupazione vanno riferite le interpolazioni sopra segnalate, e non quelle sole [2]): ma Giustiniano legislatore attua questa sua tendenza con norme positive, ossia con mezzi talora forse eccessivi, talora al tempo stesso imperfetti, ma certo più semplici che non sia lo strumento logico del concetto di *fraus legi* [3]). Altro è dire che Giusti-

[1]) Loc. cit. p. 593.

[2]) Cfr., per es., 18 § 4 D. 4. 3 (*ne-circumscribatur*), itp. Tuor *Die Mors litis* etc., p. 40. Per questa tendenza alla repressione preventiva delle possibili frodi, che spesso è anche caratterizzata da un eccesso di sanzione, cfr., p. es., *Ed. Theoderici*, c. 37 (a garantire il divieto delle seconde nozze *intra annum mortis mariti* commina la *poena stupri* alla vedova *quae furtim se misceat illi cuius post annum erit uxor futura, quia legem videtur circumscribere voluisse*).

[3]) Felicemente osserva il Riccobono (*ZSSt.* 1912. 303), mettendo in luce la natura della riforma giustinianea quanto all'efficacia reale della donazione indipendentemente dalla costruzione teorica del costituto possessorio, che « l'autorità imperiale può sempre *recta via* determinare gli effetti giuridici degli atti privati facendo a meno di costruzioni e mezzi artificiosi ». Ed anche il Pacchioni ebbe occasione di rilevare (*Contratti a favore di terzi*,[2] p. 81) che non è necessario ravvisare nelle innovazioni giustinianee delle applicazioni di principî generali, giacchè esse, come prodotto immediato del legislatore, trovano in sè stesse la loro giustificazione.

niano, legiferando con eccessiva abbondanza, sia intervenuto anche in casi al regolamento dei quali sarebbe bastata l'applicazione della teoria della *fraus legi*, quale è tradizionalmente intesa - ciò che può ben essere, ed è anzi naturale, se si pensa che a sua volta la teoria della *fraus legi* si sviluppa, come ho mostrato, in un'epoca che si può ben dire caratterizzata da un arresto della produzione legislativa: - altro è che Giustiniano intervenendo abbia sostituito l'opera legislativa all'opera giurisprudenziale che avrebbe già allora avuto la possibilità di esplicarsi valendosi di quella teoria: che, quindi, egli riconosca alla nuova legge un carattere interpretativo della precedente. Questa seconda ipotesi dovrebbe verificarsi perchè si potesse ritenere non estranea alla mentalità giustinianea quella dottrina: ma in realtà quest' ipotesi non si verifica punto: che anzi lo stesso L. riconosce come impressionante il fatto che questo concetto di *fraus legi*, che avrebbe ad essere noto ai redattori delle costituzioni di Giustiniano, anzi proprio una loro novità, non trovi nessuna applicazione in una serie di testi dove veramente ce lo dovremmo aspettare [1]). Si tratta sopratutto delle Novelle 51, 62 pr., 87 pr ; testi, a mio avviso, tanto più notevoli in quanto, pur mancando dei termini consueti che rendono la *fraus legi* nelle fonti greche, vi si tratteggiano con espressioni molto evidenti proprio quelle condizioni che sarebbero il presupposto tipico dell' intervento di quella dottrina.

Nella Nov. 51 Giustiniano intensifica il divieto di esigere garanzie dalle *scenicae mulieres* col vietare di vincolarle con giuramento: e si riconosce che questo spediente, che pare fosse largamente diffuso, escogitato per raggiungere per vie diverse [2]) - e con uno sconcio più grave - il risultato che si voleva vietare, rimaneva fino allora sottratto ad ogni possibilità di sanzione.

La frode - diremmo ora - alla *constitutio Zenoniana* (12 c. 8. 10) sul *prospectus maris*, che è repressa legislativamente nella Nov. 63, avrebbe potuto, da una giurisprudenza più energica e sveglia che non fosse la bizantina, venir colpita anche senza bisogno della teoria della

[1]) Non mi pare, invece, doversi dare peso alla mancanza della *fraus* nella l. 29 § 1. c. 2. 3. dove Giustiniano riferisce la nota clausola edittale sui *pacta* (L. p. 588, n. 1): al più essa può servire a provare l'indifferenza di Giustiniano di fronte a quel concetto.

[2]) ἐξευρεῖν ἐκείνους ἑτέραν ὁδὸν εἰς ἀσέβειαν ἄγουσαν μείζονα.

fraus legi: tanto più se si pensa che il concetto che sta a base di quella norma è ai bizantini particolarmente caro, e da essi trovato suscettibile di ulteriori applicazioni [1]). Chi, tolta al vicino la vista del mare con una muraglia elevata a distanza legale, fabbrica a una distanza minore e poi abbatte quella prima costruzione, viola senz'altro la legge, in quanto colla costruzione che rimane pone in essere proprio quello stato di fatto che fu obbiettivamente vietato. Giustiniano sente, invece, il bisogno di intervenire come legislatore; e tanto poco pensa alla possibilità di una repressione giurisprudenziale che si dichiara persuaso che, senza il suo intervento, la *const. Zenoniana* era destinata a rimanere lettera morta, di fronte ai dolosi accorgimenti dell'astuto vicino [ἵνα μὴ κακὸς γείτων (τοῦτο δὴ τὸ τοῦ λόγου) γενόμενος ἀπίοι καταγελῶν τοῦ νόμου, ὡς οὐκ ἰσχύσαντος αὐτὸν ταῖς οἰκείαις ὑπαγάγειν διατυπόσεσι] [2]).

Il caso poi della Nov. 87 è quanto mai caratteristico. Della libertà delle donazioni *mortis causa* si erano valsi i *curiales* per sfuggire al regime restrittivo a cui erano sottoposti nelle donazioni comuni: l'imperatore interviene dichiarando che anche per quelle vuol sottoporre i curiali alle consuete restrizioni, mentre conferma per le altre classi di persone la normale libertà. Egli non ha supposto che, come i curiali si servono della *donatio mortis causa* per eludere le restrizioni poste alle altre liberalità, così fosse possibile reprimere l'abuso in via d'interpretazione: che anzi rileva espressamente il carattere innovativo di questa parte della sua costituzione (c. 1°: ὅπερ - cioè il regime normale - οὐ νῦν πρῶτον νομοθετοῦμεν, ἀλλὰ τὸ νομοθετηθὲν ἤδη καὶ νῦν δι' ἡμετέρας ἑρμενεύομέν τε καὶ βεβαιοῦμεν φωνῆς ἐπὶ πάντων τῶν ἄλλων προσώπων - i non curiali - δίχα μέντοι μόνων ὡς εἴρηται βουλευτῶν, καὶ τοῦτο διὰ τῆς περὶ τὸ δημόσιον σπουδήν): l'utile pubblico induce a una norma eccezionale di fronte alle conseguenze normali della interpretazione.

4. Solo con uno sforzo potrebbe scoprirsi un indizio di una teoria bizantina della *fraus legi* in quei testi su cui il L. ha richiamato l'attenzione [3]): la irrilevanza ne è riconosciuta, per alcuni, dal L. stesso:

[1]) Cfr., da ultimo, Riccobono in *St. per Fadda* I, 296, 298.

[2]) Cfr. nel pr.: παραδόξῳ προσμεμηχάνηται τέχνῃ;... τὸ σχῆμα σοφισάμενος. V. anche la *summa* in Hb. 5. 212.

[3]) Loc. cit. p. 593.

così per la l. 24 § 1, c. 1. 2 (interposizione di persona ἐπὶ περιγραφῇ) e 24 c 4. 35 (simulazione κατὰ περιγραφήν); e i rilievi che ho esposto poc'anzi credo valgano a precisare il valore della spiegazione che è comune a tutti gli altri casi, desunti dalle novelle; che cioè si tratta di intervento legislativo il quale, sia nella forma che nella sostanza, rappresenta una innovazione. Mi basta quindi elencarli sommariamente.

Nov. 7 fr. e § 1: tipica reazione contro spedienti nuovi - contro cui il diritto vigente non offre assolutamente nessun rimedio - per eludere il divieto d'alienazione dei beni ecclesiastici [τινές γαρ τὸ καλούμενον παροικικὸν ἐξευρόντες, μήτε τοῖς ἡμετέροις νόμοις μήτε ἄλλῳ τινὶ τῶν ἁπάντων γνωριζόμενον, περιγραφὴν οὐ μικρὰν ἐμελέτησαν κατὰ τοῦ νόμου: cfr. Nov. 46 pr.]

Nov. 39. 1 § 1: Giustiniano dichiara con insistenza che la costituzione - sull'uguaglianza tra dote e donazione nuziale - vale solo per il futuro: del resto la frode [1]) che si mira a impedire non è tanto un'elusione della legge quanto un abuso della legge a danno del coniuge.

Nov. 148. 2 e 163. 2: si mira a impedire che alcuno possa avvantaggiarsi indebitamente della legge che concede una remissione di debiti fiscali: in particolare la Nov. 163. 2 dispone che non ne possono profittare gli esattori che hanno già riscosso e non ancora versato all'erario (ἀκυροῦμεν γὰρ πᾶσαν κατὰ τῆς ἡμετέρας φιλοτιμίας γενομένην ἢ καὶ γεννησομένην περιγραφήν). Un interprete robusto avrebbe certo trovato superflua la norma legislativa, ma - comunque - senza bisogno della teoria, soggettiva o oggettiva, della *fraus legi*, che non ci ha nulla a vedere.

Più grave è sembrato al L. [2]) il caso della Nov. 55: grave, a quanto sembra, non tanto per il contenuto della decisione quanto per il modo con cui essa è giustificata. Come eccezione alla inalienabilità dei beni ecclesiastici, la Nov. 7 c. 2 § 1 permetteva le permute tra gli enti stessi e l'imperatore: questa disposizione poteva venire indebitamente utilizzata da terzi che, provocata la permuta, ottenevano poi che il fisco trasmettesse a loro la cosa. Ciò è detto nel pr. che occorre riferire: [ἐπειδὴ δὲ ἔγνωμεν ὥς τινες τὸ τῆς προτέρας διατάξεως κεφάλαιον,

[1]) ... τὸ βλάβος; ... τὴν περιγραφήν; cfr. Nov. 97. 2: τὰς ἐπινουμένας παρά τινων περιγραφὰς ἀναιροῦντες.

[2]) Loc. cit. p. 594.

ὅπερ ἐπὶ ἀμείψει διαφερόντων τοῖς εὐάγεσιν οἴκοις πραγμάτων πρὸς τὴν βασιλείαν ἐγράψαμεν, εἰς τὴν κατὰ τοῦ νόμου τέχνην ἔτρεψαν, ἤτησαν δὲ ὥστε ἡμᾶς μὲν παρὰ τῆς ἁγιωτάτης ἐκκλησίας λαβεῖν, αὐτοῖς δὲ ταῦτα δοῦναι, ἐντεῦθεν δὲ ὡρμήθησαν πολλοὶ ταῖς ὁμοίαις αἰτήσεσι χρώμενοι τὴν θείαν περιγράφειν διάταξιν...].

Giustiniano dichiara di riconoscere la validità dei negozi giuridici così compiuti per il passato, ma li vieta per il futuro, accordando agli amministratori degli enti ecclesiastici la *reivindicatio* sui beni che l'amministrazione imperiale, dopo averli da essi ricevuti, avesse a ritrasmettere ad altri. Questo divieto, che colpisce, del resto, una vera violazione della legge mediante interposizione di persona, non ha nulla di anomalo: è, piuttosto, a favore della mia tesi la dichiarazione esplicita che la norma vale solo per il futuro, in quanto la retroattività sarebbe l'indice di quel carattere interpretativo che la legge dovrebbe avere qualora fosse un'esplicazione del concetto di *fraus legi*[1]: il modo con cui è concepito il divieto dimostra, anzi, *a fortiori*, che gli atti già compiuti erano considerati come inattuabili per parte delle giurisprudenza. Ma il L. è rimasto impressionato dalla motivazione: ecco il brano che interessa, riprodotto nell'intero contesto, come è necessario per rilevarne il valore:

(c. 1°): Ἀλλὰ φυλάττεσθαι τοῦτο τὸ σχῆμα εἰς τὸ διηνεκὲς ἐκ τῆς παρούσης ἡμέρας ἀρχόμενον· πάντων τῶν ἤδη, καθάπερ εἰπόντες ἔφθημεν, μετὰ τὸν πρότερον νόμον κατὰ τὸν εἰρημένον γινομένων τρόπον βεβαίων μενόντων, διὰ τὸ ἐκεῖνα μὲν τὰ οὕτω γινόμενα παρ' ἀνδρῶν γενέσθαι οἵπερ οὐ τεχνάζοντες οὐδὲ κακουργοῦντες ἐποίουν, ἀλλὰ καὶ παρ' ἡμῶν εἰς τοῦτο προτραπέντες ἦλθον, νῦν δέ τινας βούλεσθαι τῷ ἐκείνων παραδείγματι χρωμένους ἡμᾶς τε διενοχλεῖν καὶ τὴν ἁγιωτάτην μεγάλην ἐκκλησίαν τῆς εὐδαίμονος ταύτης τῆς πόλεως περιγράφειν.

Questa motivazione, che riconosce la validità dei trapassi già compiuti in quanto essi avvennero onestamente e senza secondi fini, sembra al L. autorizzare il sospetto che la teoria bizantina riconosca all'*Umgehungsdolus* un'importanza decisiva in ordine alla possibilità o meno di applicare a un dato rapporto la sanzione legislativa: il che

[1]) La retroattività è caratteristica delle leggi interpretative (cfr. FERRINI, *Pandette*, p. 46) e la sua esclusione è tanto più significativa in un diritto che, come il giustinianeo, non è certo scrupoloso per il canone della irretroattività.

equivarrebbe al riconoscimento della dottrina della *fraus legi* nella sua forma più tipica. Ma anche qui, a mio avviso, conviene non lasciarsi impressionare dalle apparenze, e obbiettivamente considerata la motivazione della Nov. 55 non prova assolutamente nulla. Essa non fa che dare la spiegazione etica del perchè Giustiniano non crede il caso di attribuire alla sua riforma effetto retroattivo, ma non dice affatto, anzi implicitamente esclude, che fosse possibile una qualsiasi indagine, nei singoli casi, sull'intenzione, la quale, colla dimostrazione dell'*animus fraudandi*, portasse all'annullamento dell'atto. Quei trasferimenti a cui l'imperatore allude erano considerati come perfettamente validi nel regime della Nov. 7 e tali restano anche in seguito alla riforma: mentre, viceversa, quelli che si volessero compiere in avvenire saranno irrimediabilmente nulli, senza che giovi a salvarli la prova delle più rette intenzioni. Finora, dice in sostanza Giustiniano, abusi non ne sono avvenuti e quindi quel ch'è stato è stato : ora vi sono in vista dei tentativi d'abuso, e quindi si proibisce senz'altro [1]). Se, del resto, la legge non avesse formulato una regola così assoluta, l'eventuale criterio per distinguere i casi leciti dagli illeciti sarebbe stato, se mai, quello obbiettivo, quello cioè della serietà del doppio trapasso: in ordine al quale la dimostrazione dell'intenzione antigiuridica dei contraenti avrebbe avuto un'importanza certo notevole, ma meramente probatoria. Il divieto Giustinianeo era poi destinato ad avere corta durata giacchè soli sette anni dopo, nel 544, la Nov. 119 c. 10 non solo concede la sanatoria ai trapassi che - si vede - non erano mancati neppure dopo la Nov. 55, ma rinuncia a colpirli anche per l'avvenire [τὸν δὲ νόμον, δὶ οὗ ἐθεσπίσαμεν μὴ μεταφέρεσθαι εἰς ἑτέ-

[1]) La giustificazione che dà Giustiniano è, presa in se stessa, poco felice. Se veramente quei doppi trasferimenti avvenuti in passato fossero stati fatti παρ' ἀνδρῶν... οἵπερ οὐ τεχνάζοντες οὐδὲ κακουργοῦντες ἐποίουν, come potrebbe dire l'imperatore nel preambolo non solo, riferendosi ai tentativi in corso, che ... ἐντεῦθεν... ὡρμήθησαν πολλοί... τὴν θείαν περιγράφειν διάταξιν, ma anche, con riferimento ai casi già avvenuti, che τινές... εἰς τὴν κατὰ τοῦ νόμου τέχνην ἔτρεψαν? Questa espressione denota, non meno della precedente, l'abuso della legge per raggiungere un risultato contrario agli scopi di essa. Eppure è certo che la sanatoria data ai negozi conchiusi per l'addietro è generale. Forse quelle persone – cui s'allude nel c. 1, - « che hanno fatto ciò non ad arte nè con scopo cattivo ma anzi da noi stessi a ciò eccitate », non sono i terzi acquirenti ma i funzionari, ecclesiastici o imperiali, che si prestarono, in buona fede, o talora anche per ordine superiore, al giuoco degli interessati.

ρους τὰ εἰς τὸν ἡμέτερον οἶκον ἀπὸ εὐαγοῦς ἐκκλησίας περιερχόμενα πράγματα, σχολάζειν θεσπίζομεν, τοῦτο μέν ἐπὶ τοῖς ἤδη εἰς τὸν ἡμέτερον οἶκον περιελθοῦσι, τοῦτο δὲ καὶ τοῖς μετὰ ταῦτα μέλλουσι περιέρχεσθαι].

5. Ho voluto insistere alquanto sull'analisi dei testi giustinianei addotti dal L. giacchè se qualche spunto, anche indiretto, della teoria della *fraus legi* fosse dato di coglierví, la tesi a cui egli aderisce ne resterebbe singolarmente avvalorata: mentre, eliminati questi testi, ed eliminata la *const. Theodosiana*, l'argomentazione sui frammenti del digesto, anche a parte le considerazioni specifiche svolte sopra, non sembra davvero poter riuscire decisiva Giacchè se la teoria in questione, come è estranea al diritto classico, così non compare neppure una volta nella larghissima serie delle costituzioni giustinianee, si deve essere anche *a priori* poco propensi ad ammettere che proprio a quella teoria si siano ispirati i compilatori nell'alterare qualche testo classico; tanto più poi se dell'alterazione può seriamente dubitarsi, o se essa può senza sforzo spiegarsi in modo più normale.

Anche l'argomento desunto dall'assenza di una costante terminologia che renda nelle fonti greche la formola « *in fraudem legis* » non è leggermente superabile [1]). Lo spoglio completo dei Basilici mi dà la possibilità di confermare nel modo più assoluto quanto già avevo potuto affermare sulla base di una ricerca limitata ai testi direttamente interessanti: come è ignota una terminologia costante, così è ignota ai bizantini una teoria della *fraus legi* che si presenti, sotto qualunque forma, come uno strumento speciale della tecnica interpretativa. Quanto alla terminologia, mi limito a dare una più larga esemplificazione dell'assoluta indifferenza con cui si usano le varie espressioni βλάβη, ἀπάτη, περιγραφή [2]), mettendo in guardia contro il pericolo

[1]) Cfr. *Frode*, p. 32. Nelle cost. greche di Giustiniano il termine più frequente è περιγραφή, περιγράφειν: talora però βλάβη (Nov. 120. c. 5 pr.: c. 6 § 1) o ἐξαπάτη (Nov. 39 pr.; 101 c. 3): più spesso ancora i procedimenti a cui noi forse applicheremmo la terminologia tipica della *fr. legi* sono designati con frasi d'altro tipo (διαστροφαῖς χρῆσθαι, Nov. 17 c. 8 § 1: σοφίζεσθαι (κατασοφίζεσθαι) τὸν νόμον, Nov. 72 c. 5 § 1; 87 pr.; 131 pr.: o più genericamente si parla di κακουργία o anche πανουργία: p. es., Nov. 112 c. 3).

[2]) Oltre i testi citati in *Frode*, p. 33 sg. cfr. per βλάβη: Hb. 1. 2 (2. c. 1. 1); 1. 660 sch. 26 (8 § 20 D. 2. 15); 3. 211 (67 pr. D. 23. 2); 4. 14 sch. 18 (8 § 9 D. 5. 2: διὰ βλάβην: ma Enantiofane, nello sch. 22 ibid. εἰς περιγραφήν): 4. 105 (27 D. 35. 2). Per περιγραφή: Hb. 1. 241. 2 (14 § 2 C. 1. 51); 1. 754 sch. 19 Ἀνων. (52 § 7 D. 17. 2);

di fare affidamento sulla versione dell' Heimbach che, per la tendenza di riprodurre la fraseologia delle fonti latine, finisce talora per insinuare quel che nel greco non c'è [1]. E non è raro il caso che, gli scoliasti sorvolino senz' altro alla *fraus* quando la trovano menzionata nel testo [2], mentre d'altra parte la familiarità colla terminologia dei testi classici permette anche ai maestri bizantini di rilevare talvolta il genuino valore obbiettivo di *fraus*; così Stefano nell'*Index* alla l. 7. § 9 D. 2. 14 (Hb. l. 570 sch. λέγει): οἱ Ῥωμαῖοι φραούδεμ καλοῦσι πᾶσαν ζημίαν οὐ μόνον τὴν δόλῳ ἀλλὰ καὶ τὴν ἑκουσίᾳ γνώμῃ γενομένην [3].

L' assenza della teoria della *fraus legi* in tutte le fonti bizantine

479 (27 D. 22. 3); 2. 726 sch. Θαλ. (16 C. 4. 32); 3. 345, testo, e sch. Θεωδ. (Nov. 39. 1): 3. 615 (82 D. 29. 2); 4. 158 (18 C. 3. 39); 4. 796 (4. C. 8. 55); 4. 687 (1 D. 40. 7); 4. 715 sch. 2 (7 § 1 D. 40. 9): 5. 3 (16 D. 37. 14): 5. 29 (50 § 1-2 D. 38, 2); 5. 107 (24 pr. D. 44. 7); 5-807, testo e. sch. Κυριλλ. (10 pr. D. 34. 9) ecc. Per ἀπάτη 1. 684 sch. (9 § 2 D. 2. 15); 5. 100 (3 C. 8. 35 [36]); 5. 152 (16 § 10 D. 39. 4); 5. 155 (3 C. 10. 1); 5. 880 (7. § 2 D. 48. 20). È superfluo avvertire quanto frequentemente ricorrano espressioni più svariate (πλημμέλημα, κακουργία, πανουργία, ecc.). La promiscuità non è meno frequente anche nelle fonti minori: cfr. Πεῖρα 45. 19 (cfr. Hb. *Suppl.* ZACH. 265); τὰ ἐπὶ βλάβῃ... εἰ... τις ἠπατήθη; *Synopsis Minor.*, II. 42: περιγραφή... λέγεται... ὅταν... ἀπατήσῃ. Ciascuno dei termini conserva il suo valore autonomo fra gli scrittori greci (cfr. per il concetto di ἀπάτη (εὔχαιρος ἀπάτη) in GIOV. CRISOSTOMO la nota di S. COLOMBO in *Didaskaleion* [1912] 437) ma ciascuno torna comodo, secondo i casi, per rendere il valore di *fraus*. In Sch. Sinait. § 5 pareva parlarsi di σύμφωνα (o *repudia*?) μὴ κατὰ ἀπάτην... γινόμενα, ma dalla recente collazione del WINSTEDT (in *Class. Philology* 1907. 203) dà una lezione affatto diversa.

[1]) Cfr., p. es., lo scolio di TALELEO (in Hb. 1. 341) alla l. 8 C. 2. 6. L'HEIMBACH traduce: « nota universalia huius constitutionis verba: licet quis quoquo modo vel quacumque machinatione *huic legi fraudem facere* instituerit, incidit tamen in poenam ab ea sancitam ». La menzione della *fraus legis* in Taleleo avrebbe un interesse tanto maggiore in quanto la costituzione originale, di Leone e Antemio, non ne fa parola, usando termini generici (« quoquo modo vel quadam machinatione... *contra* providum nostrae serenitatis decretum »): ma nello scolio di *fraus legi* non c'è traccia (... καθ' οἱανδήτινα μηχανὴν ἐπιχειρήσῃ τις παραβῆναι (*transgredi*) τὴν διάταξιν ταύτην.

[2]) Cfr. Hb. 3. 232, sch. di DOROTEO e CIRILLO alla l. 5 D. 24. 2; 4. 105, sch. di CIRILLO a l. 27 D. 35. 2; 5. 2 (l. 6 § 3 D. 37. 14).

[3]) Anche i maestri occidentali a cui è dovuta l'*interpretatio* della *Lex Romana Wisigothorum* non prendono abbaglio sul significato dell'espressione *fraus legi*: cfr. *Brev.* 2. 21. 2 (Constantinus et Iulianus [360?]): « dote ab uxore marito data filios ex priore matrimonio, si neque ultra dodrantem *neque in fraudem legis Papiae* constituatur, de hac repetenda nullam habere constat actionem » (sul testo v. *Frode*, p. 81) e l'*Interpretatio*; « ... dos quae *contra legem Papiam* secundo marito data est non valebit ».

è per me ancor più decisiva che non lo sia l'assenza nelle costituzioni giustinianee, giacchè nella dottrina assai più che nella produzione legislativa quella teoria trova l'ambiente adatto al suo sviluppo. Essa, infatti, non si svolge se non quando alla dottrina e alla giurisprudenza è affidata, in modo quasi esclusivo, l'evoluzione del diritto. E tale è precisamente la condizione di cose nel diritto intermedio, ove dottrina e giurisprudenza si trovano ad avere il còmpito di adattare le leggi romane ai bisogni d'una società sotto molti aspetti completamente diversa: questo còmpito esse l'hanno assolto mirabilmente - e ancora oggi noi ne godiamo i frutti - ma esse hanno dovuto assumere una funzione di creazione e di trasformazione che normalmente non possono avere.

La dottrina della *fraus legi* è veramente un esempio tipico del modo con cui opera quella giurisprudenza creatrice. E non soltanto nei suoi moventi pratici e logici quella dottrina è, per così dire, segnata dello stampo medievale, ma anche nel modo stesso con cui si trova formulata e messa in rapporto colle fonti: è, infatti, una delle caratteristiche della elaborazione dogmatica dei giuristi del diritto intermedio, e particolarmente dei postglossatori, quella di costruire teorie nuove sugli spunti romani più insignificanti, e di preferenza su formulazioni di carattere generale ed astratto, che offrono alle nuove costruzioni degli appigli anche meramente verbali. Ora appunto la teoria medievale della *fraus legi* si è svolta sopratutto, come ho mostrato [1]), sulla base delle così dette definizioni legali, che sono proprio, dal punto di vista romanistico, i testi più innocui, tanto la costituzione di Teodosio II, estranea affatto al tema, quanto le scarne ed incolore definizioni del digesto [2]). Mentre, al contrario, e le definizioni legali e le singole specie classiche, anche quelle in cui l'elemento dell'*Umgehungsdolus* parrebbe affermarsi nel modo più insistente, anche quelle che sembrano portare le tracce di intervento compilatorio, sono da tutti i commentatori bizantini o affatto sorvolate, o trattate con una indifferenza che non può a meno di impressionare

[1]) *Frode*, p. 172 sg.

[2]) Anche il BEKKER ebbe recentemente occasione di rilevare (in *ZSSt.* 1912, p. 12 dell'estr.) come quei testi non gettino nessuna luce sul concetto della *fraus legi*: le più ampie riserve devo però fare sul tentativo suo (p. 32) di ricollegare l'antitesi tra *contra legem* e *in fraudem legis* a quella tra *ius certum* e *ius in certum*.

chi ricordi quanto essi sogliano essere pronti a cogliere ogni menomo spunto che dia loro l'appiglio per sviluppare una teoria favorita.

L'ipotesi che la teoria della *fraus legi* si trovi già accennata, e quasi in embrione, nel diritto giustinianeo, può apparire particolarmente seducente, in quanto sembra inquadrarsi, per così dire, nella tendenza più volte, e felicemente, applicata di trovare in innovazioni giustinianee gli spunti di dottrine sviluppatesi poi nel diritto intermedio; e il caso tipico degli atti *ad aemulationem* può indurre a supporre per la teoria della *fraus legi* uno sviluppo storico analogo. Ma questa tendenza non può indurre ad anticipare nei testi giustinianei le concezioni medievali, e l'innegabile parallelismo tra le due teorie medievali della *fraus legi* e dell'*aemulatio* non deve farne dimenticare il diverso valore e la diversa natura; questa è una teoria che ha la sua base naturale, se non addirittura necessaria, in singole innovazioni legislative: quella è, per sua natura, una creazione della giurisprudenza che deve supplire, con un abuso della funzione interpretativa, alla deficienza della legge ed all'inerzia del legislatore.

6. Riassumendo, io credo che lo stato delle fonti legittimi l'affermazione che la teoria della *fraus legi* non solo non è classica ma non è neppure giustinianea. Io riconosco che la questione non è di quelle che si prestino a una dimostrazione veramente assoluta: ma non bastano a rendere accettabile la tesi contraria nè la valutazione obbiettiva dei testi delle pandette, quando anche alcuni di essi siano sicuramente alterati, nè le espressioni usate da Giustiniano medesimo in qualche sua costituzione; fanno, anzi, prova in contrario queste stesse espressioni rettamente valutate, l'indifferenza assoluta della terminologia, l'ignoranza che mostrano gli scoliasti bizantini rispetto a questa teoria la quale invece avrebbe dovuto trovare proprio in loro i creatori e i sostenitori. Di una concezione così antiromana anche Giustiniano sembra, per una volta almeno, innocente!

G. Rotondi.

RECENSIONI

G. Beseler. *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen.* Zweites Heft. — Tübingen, Mohr, 1911.

Quando nello scorso anno il Beseler pubblicava il primo volume di questi suoi *Beiträge*, noi non potevamo notare senza compiacimento e - diciamo pure - anche senza sorpresa il gran passo che faceva, con esso, la critica del Digesto. Era sceso nell'arringo un esegeta - mi permetto ancora [1]) di dirlo - originale: ardito, più di quel che gli esegeti sogliono e debbono essere; reciso, franco, sicuro più di quel che il sottile e delicato e pericoloso lavoro dell'esegesi solitamente consenta. Ma noi ci accorgevamo, leggendo, che quell'originale esegeta molte volte coglieva nel segno; che, se eravamo costretti a dissentire qua e là da lui, c'erano anche buone osservazioni, ch'erano come lo spunto per nuove indagini. Ci accorgevamo, insomma, che quell'esegeta, il quale in poche pagine o, meglio, in poche righe aveva il coraggio di dimostrare intera fattura dei giustinianei un intero titolo del Digesto (43. 18, *De superficiebus*), aveva pure per la critica delle fonti attitudini mirabili; possedeva genialità di intuito, larghezza e precisione di tecnica. La conclusione era che, anche scartate le esagerazioni, anche eliminate le incertezze, una cospicua massa di testi interpolati si presentava dinanzi a noi e s'imponeva alla nostra considerazione: per molti altri testi, già prima sospetti, erano addotti nuovi argomenti che il sospetto ribadivano sempre più. Questo fervido lavoro di esegesi ci aveva, da principio, quasi sorpresi: poi ci era piaciuto; molto spesso ci aveva convinti. Avevamo perciò salutato il nuovo esegeta con gioia e aspettavamo qualche nuova *sorpresa*.

[1]) Cfr. E. Albertario, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1911, vol. 50, pp. 77 e 195.

La *sorpresa* è venuta. Questo secondo volume, compiuto nel breve termine di un anno, è ancor più vasto del primo e contiene risultati ancor più abbondanti. Più che nel precedente volume, risalta qui l'utilità grande che per le nostre ricerche esegetiche presenta il *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, in corso di pubblicazione. La maggior parte di questo volume è, infatti, occupata dallo studio di alcune voci di quel Vocabolario già pubblicate e che il Beseler ritiene quasi interamente dovute ai giustinianei; in qualche parte a glossemi: non usate, ad ogni modo, dai giureconsulti.

All'analisi di alcuni testi speciali, in cui tracce d'interpolazione sono chiaramente evidenti, tien subito dietro lo studio di queste voci.

« Abalienare » s'incontra in cinque testi del Digesto, che sono o corrotti o interpolati: si spiega abbastanza bene l'uso che di questa parola può fare un Bizantino, perchè in greco ἀπαλλοτριόω (*abalienare*) è frequentemente usato come il semplice ἀλλοτριόω (*alienare*).

« Adulterare », adoperato in senso traslato, e l'avverbio « amare » sono pure voci non classiche. « Amare » equivale al greco πικρῶς. Verosimilmente non classico è « ambigere »: somigliante al greco ἀμφισβητεῖν. Ricorre, è vero, « quare aperte contra legem fecisse eum non ambigitur » in Coll. 4. 10. 1 (Pap.), ma questa frase è, secondo il B., una probabile glossa. Si trova anche in Vat. 247 (Paul.), ma nel linguaggio imperiale, non in quello dei giureconsulti. I testi interpolati sarebbero numerosissimi. « Benignitas » è in (48. 19) 11 pr. certamente in (1. 3) 25 probabilmente parola giustinianea. Non classica parrebbe pure « benevolentia » in (28. 5) 63 pr. e (29. 2) 52 pr. Il B. si accinge poi a dimostrare non inverosimile che la parola « citra » si debba cancellare dal Vocabolario dei classici. Anche qui una lunga fila di testi sarebbe, per questo indizio, interpolata « Cogere ad aliquid, besonders ad faciendum oder ad factionem ist, wie ein Blick in den Thesaurus lehrt, in jeder und zumal in guter Latinität sehr selten und ward von den dyarchischen Iuristen wohl völlig vermieden ». I 17 testi, in cui c'è questa forma, non sarebbero classici. Nè classici sarebbero i passi in cui si trova « colligere = concludere », nonostante Gai 1. 74 e Coll. 2. 2. 1. In 32 testi il B. afferma che « condicionalis » o « condicionaliter » sono certamente o molto probabilmente non genuini. In altri 15 testi quelle parole si trovano. « Hier scheint die Unechtheit

nicht beweisbar, doch ist sie durch das Uebergewicht der 32 Stellen auch hier überall wahrscheinlich ». È notevole però, nè il B. si nasconde la difficoltà, che « condicionalis » si trova anche una volta in Gai 4. 119. « Condicticius » sarebbe 4 volte interpolato, una volta glossema. I testi (4) con « consonans, consonare » sono compilatorii. « Die Worte *consonans, consonare, consonantia* sind Uebersetzungen der griechischen Worte σύμφωνος, συμφωνεῖν, συμφωνία. Deshalb sind sie der meisten klassischen Iuristen fremd, finden sich aber alle drei bei den Byzantinern, findet sich *consonare* auch bei dem griechen Gaius ».

« Constituere actionem (iudicium), in der Bedeutung eine konkrete actio geben und von Prätor gesagt », è espressione che s' incontra 11 volte. Tre volte in Gaio (4. 87, 171, 177), ma questi testi crede il B. di poter eliminare. In Gai 4. 87 *a. constituitur* sarebbe = lis contestatur. In Gai 4. 171 a. constituitur = *constituta est.* E in Gai 4. 177, se pure *constituitur* si deve leggere, significa *constitutum est* o *lis contestatur.* Così pure da eliminare è (14. 5) 1 [Gai], dove *constituit* ha lo stesso significato di *pollicetur* e di *introducit.* Quando « constituere actionem » ha il significato sopra riferito, ci troviamo dinanzi o ad interpolazioni o a glossemi. Cinquanta testi contengono « consulere = prospicere ». La rassegna di questi testi dimostra « dass der Ausdruck in juristischen Erörterungen der Klassiker sicher fast nie, höchst wahrscheinlich niemals vorkommt ». Quel verbo c' è anche in Paul. Sent. 5. 33. 3 [sufficit enim etiam per unum idoneum indemnitati poenae *consuli*]; ma questo inciso è una inutile ripetizione e *indemnitas poenae* non può essere di Paolo. L'espressione « culpae (doli) reus » è sempre compilatoria. « Cur » molte volte non è genuino. « Dare = permittere, concedere » è un grecismo e non doveva essere parola usata dai giureconsulti classici.

« Decurrere ad aliquid » nel senso di « procedere o pervenire ad aliquid » è in tutti i testi (16) non classico. Come non classico è « descendere » nel senso di « seine Zuflucht zu etwas nehmen ». « Dissonare e dissonans », due voci greche, sono entrate nei testi classici due volte (40. 1) 24 pr. e (42. 1) 38 pr. come glossemi. I passi aventi « hodie = heutzutage » sono per il B., più o meno sicuramente, tutti interpolati. Voce compilatoria è « huiuscemodi », che nel Digesto è adoperata quattro volte. « Der lateinisch schreibende aber oft griechisch denkende Gaius » può avere usato la parola « indemnis » (Gai

2. 252 e D. 30. 70 pr.), ma « den übrigen dyarchischen Iuristen ist *indemnis* nicht sicher aber wahrscheinlich fremd. « *Indemnitas* (= ἀβλαβής) ist ganz gewiss von keinem der Klassiker jemals geschrieben worden ». Così « *Necesse habere* ist vielfach entweder nachweislich unecht oder verdächtig ». E ciò il B. ritiene nonostante Gai 3. 206; Paul. Sent. 5. 33. 2; Coll. 2. 6. 2 (Paul.), perchè avremmo qui non classiche aggiunte. Anche « *Remedium* in der Bedeutung "Auskunft" oder "Rechtsmittel" ist ein Lieblingswort Tribonians und in Digesten 33 mal vertreten... Wahrscheinlich ist der Ausdruck den Klassikern fremd ». Il B. cerca provarlo per 25 testi. Anche « rite » quando « beruht auf falscher Ueberlieferung » [(3. 3) 55 e (42. 1) 4. 6] non è classico.

La serie di questi vocaboli è esaurita

Segue un breve cenno sulla così detta « Haplologie », la quale deve far ritenere, secondo il B., di origine bizantina i testi in cui essa si trova: così: (12. 2) 3 pr.; (16. 3) 1. 7; (37. 6) 8; (43. 18) 1. 9: testi, d'altronde, già sospetti.

Il volume contiene anche il rilievo di numerose interpolazioni che si riconducono a determinati istituti: *Legitimatio passiva durante iudicio superveniens vel cessans; Pronuntiation und Iudikat; Besitz und Ersitzung von Sachteilen; Alienatio iudicii mutandi causa facta; Actio praescriptis verbis* [1]).

Si chiude con una brillante replica allo scritto del Lenel a proposito dell'*actio ad exhibendum* e con alcune fugaci osservazioni intorno alla *in iure cessio* e all'*edictum de eo quod certo loco*.

Mi contento di accennare, così sommariamente, specialmente per quanto riguarda quest'ultima parte, al ricco contenuto del presente volume. Un rendiconto dettagliato e preciso, data l'indole del libro, e data l'indole dell'autore, diventerebbe per necessità troppo lungo. Ma anche da questo rapido sunto l'importanza ed il valore dell'opera si possono ben rilevare. L'opera è già ampia per sè: essa sarebbe assai più ampia, se autore dell'opera non fosse il Beseler. Poichè questo geniale esegeta, preoccupato dal desiderio di mettere innanzi

[1]) A proposito di quest'azione il B. si trova d'accordo col PEROZZI (*Istituzioni*, II, p. 281 sgg., a cui si richiama) nel ritenerla (Name wie Sache) *eine Schöpfung Tribonians*. La coincidenza del risultato, raggiunto dai due forti indagatori, non può a meno di impressionare.

i risultati che via via raggiunge, li presenta con una dimostrazione breve, concisa, schematica. Qualche volta si sarebbe indotti a credere in un po' di trascurata fretta: no, bisogna ricredersi. C'è, piuttosto, qua e là, un po' di entusiastica audacia. Se si dà uno sguardo alla più cospicua parte di questo volume, che è diretta allo studio delle voci che sembrano al Beseler non classiche, salta subito agli occhi la massa ingente dei testi che sarebbero interpolati, o - comunque - alterati. E se ci addentriamo in questo studio, subito ci accorgiamo che possiamo abbastanza tranquillamente seguire l'esegeta nelle sue audaci, rapide indagini. È una guida tanto ardita, ma - in fondo - anche tanto sicura. Non possiamo fare tutti i passi che egli vorrebbe, ma ci tiene quasi sempre sulla via buona. Io ho, nonostante tutto il coraggio del Beseler, ancor paura di certe affermazioni troppo assolute, come di quella che la parola « citra » si debba cancellare dal vocabolario dei classici. S' incontra ben cinque volte nelle *Sententiae* di Paolo e, se qualche volta il suo uso è sospetto, qualche altra volta non parrebbe. In molti testi del Digesto è per chiari indizi interpolata: per alcuni testi invece il B. stesso non sa affacciare indizi e deve limitarsi ad ammettere la *possibilità* di una alterazione del testo: non altro. Così quasi dovunque, se non proprio in tutti i testi del Digesto, dobbiamo essere disposti ad ammettere l' interpolazione o l'alterazione dei passi aventi « colligere = concludere », ma io dubito assai che l' inciso gaiano (I. 74) « ex quo *colligimus* etiam peregrinum causam probare posse » sia un glossema e che in Coll. 2. 2. 1 [idque *colligi* ex facto etc.] ci sia un'abbreviazione del testo genuino di Ulpiano. Così ancora bisogna riconoscere interpolato nella maggior parte dei frammenti il verbo « ambigere », ma mi sembra eccessivo ritenere questo verbo alterato in Coll. 4. 10. 1 (Pap.) e in Vat. 247 (Paul.).

Piace il B., quando è più prudente: ad esempio, quando osserva che la rassegna dei passi con « consulere = prospicere » dimostra « dass der Ausdruck in juristischen Erörterungen der Klassiker *sicher fast nie*, *höchst wahrscheinlich niemals* vorkommt », e quando a proposito dell' uso di « indemnis » e di « indemnitas » si preoccupa di distinguere ritenendo quest' ultima parola sicuramente sempre d'origine greca, quell'altra probabilmente sempre e non disconoscendo che essa potesse essere adoperata dal *griechisch denkende Gaius*.

Poichè è così. Di alcuni vocaboli, dal B. studiati, l'uso classico deve assolutamente escludersi: o trattasi di vocaboli grecizzanti (così: *consonans, consonantia, consonare, dissonare, dissonus, indemnitas*), o trattasi di vocaboli, che si trovano in frammenti sicuramente alterati (così: *huiuscemodi, decurrere ad aliquid, descendere*). Altre volte invece la rassegna dei testi contenenti un determinato vocabolo deve accontentarsi di affermare la *grande frequenza* con la quale esso si trova o in passi interpolati o in glossemi. Il risultato è già considerevole: se si cerca di renderlo più assoluto, lo si rende inevitabilmente più incerto. A me pare sopratutto pericoloso l'attentarsi di vedere troppo spesso glossemi e rimaneggiamenti nei testi genuini - che contengono un vocabolo realmente il più delle volte nella compilazione giustinianea proveniente dai compilatori - quando, sia pure per un piccolo numero di volte, l'interpolazione o il glossema son dubbi negli stessi frammenti del Digesto: (*citra, colligere*). È una *extrema ratio* che getta piuttosto ombra che luce sulla dimostrazione. Del resto anche le precedenti indagini esegetiche non sempre son pervenute a dimostrare che un verbo o un sostantivo o un aggettivo sono esclusivamente propri dei compilatori: alcune volte han potuto soltanto constatare la loro *grande frequenza* nel linguaggio compilatorio [1]). Nè la cosa può sorprendere. Un vocabolo, infiltrantesi solo a stento nel *purissimus sermo* dei classici, diventa il vocabolo *preferito* ed *abusato* poi.

Oltre a ciò, a me sembra che i risultati del B. apparirebbero ancor più netti e più persuasivi se, volta per volta, cioè vocabolo per vocabolo, precedessero i testi in cui si scorge l'interpolazione e seguissero poi quelli in cui si scorge invece o un'aggiunta postclassica o un glossema, e se ognuno di questi gruppi fosse disposto in modo che dai testi più sicuramente alterati si passasse grado per grado a quelli che hanno meno facili indizi di alterazione.

Tornando a ciò che ho poco prima osservato, il punto in cui il Beseler maggiormente eccede nel vedere glosse e ritocchi nei testi genuini è a proposito di « Hodie ».

In uno scritto speciale [2]) io, dopo aver raccolto i passi delle

[1]) Cfr. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 2ª ediz., Milano, 1909, pp. 684-5.

[2]) Cfr. E. ALBERTARIO, *Hodie - Contributo alla dottrina delle interpolazioni*, Pavia, 1911.

fonti genuine e delle fonti giustinianee contenenti l'« hodie », ho cercato di determinare un criterio che permettesse di riconoscere già per sè con molta verosimiglianza - anche a prescindere da altri indizi - quando quei passi nel Digesto si dovessero ritenere interpolati e quando no. Il Beseler non ha creduto di adottare quel mio criterio, ma che cosa gli è succeduto? Si è trovato costretto a ritenere alterati anche tutti i passi delle fonti genuine: cioè, non il solo testo delle *Sentenze di Paolo* (le quali, del resto, sappiamo essere in notevole parte non genuine), ma il testo della *Collatio*, quattro frammenti *vaticani*, quattro frammenti del *liber singularis regularum* di Ulpiano, e il testo di *Gaio*. Andando di questo passo si risica di trovare tante interpolazioni (intendiamoci: aggiunte postclassiche) nei frammenti genuini quante interpolazioni troviamo nei testi giustinianei! Fa bene il Beseler, quando davanti a questi ultimi testi cerca distinguere l'interpolazione vera e propria dall'aggiunta postclassica o dal glossema: la distinzione è utile e, con tanta costanza e con tanta larghezza, non era ancor stata fatta da altri. Nè mi dispiace che egli metta in dubbio qua e là la *classicità* dei testi genuini. Solo vorrei che egli in questa difficile impresa si mettesse, quando fosse in grado di raggiungere risultati sicuri. Quei passi genuini, insomma, non devono sembrare sospetti *più che tutto* per il motivo che contengono o una parola o una espressione che è sospetta nei frammenti del Digesto: non deve diventar provato quel che è da provare, se non si vuol cadere in un circolo vizioso. A proposito dei passi genuini aventi l'« hodie » il Beseler non raggiunge risultati sicuri. Non lo può affermare neppur lui. Per i quattro *hodie* contenuti nel *liber regularum* di Ulpiano si limita ad osservare che quel libro « *kann und wird* ähnlich des Paulus Sentenzen ein nachklassischer partiell überarbeiteter Auszug *sein* ». Per i quattro *hodie* contenuti nei *frammenti vaticani*, tutti pure di Ulpiano, osserva soltanto che nell'ultimo frammento (156) vi è una « unulpianische Sprache ». Per gli altri frammenti (125. 127. 128), nulla; per questo, troppo poco. Nè un indizio sicuro adduce contro la genuinità del testo della *Collatio*. Il solo testo di Gaio (2 195), così controverso (Arndts, Hölder, P. Krüger, Ferrini, Perozzi, Kübler, Wlassak), può presentare qualche dubbio e non so se dar torto al Kniep [1]), che ritiene « sed hodie rell » un'aggiunta

[1]) *Der Rechtsgelehrte Gaius* (1910), p. 3 sg.

postgaiana. Ma in conclusione, intorno ai passi genuini aventi l'« hodie », il Beseler non dice più di così; la conclusione è che si può *forse* dubitare della genuinità del *frammento vaticano* (156) e di *Gai* 2. 195; per gli altri testi, nessuna base, sulla quale *anche il semplice dubbio* si possa fondare.

E così essendo - come mi pare debbano essere - le cose, il criterio, da me presentato per la ricerca dei passi interpolati con l'« hodie », dimostra la sua opportunità e - vorrei credere - il suo rigore. Se nei testi, estranei alla compilazione giustinianea, all'« hodie » segue *sempre* in modo più o meno esplicito la menzione della fonte di diritto, a cui l'innovazione risale; se, per contrario, nelle Istituzioni giustinianee all'« hodie » questa menzione della fonte non è soggiunta, quale la conclusione che si può derivare per i passi del Digesto aventi l'« hodie »? La conclusione mia è che quelli, fra questi passi, i quali all'« hodie » non soggiungono la menzione della fonte innovativa del diritto, siano interpolati. Questo il criterio fondamentale per la ricerca della loro interpolazione. Il valore di questo criterio si misura col constatare che nei passi del Digesto, in cui l'« hodie » è adoperato *senza* la menzione della fonte innovativa del diritto, si riscontrano altri speciali e sicuri indizi di interpolazione: negli altri passi, questi indizi mancano. La bontà di quel criterio si saggia ancora col rilevare che *tutti i passi* aventi l'« hodie », già prima giudicati sospetti da altri studiosi, erano per l'appunto tutti quelli, in cui all'« hodie » non seguiva la menzione della fonte del diritto.

Del resto, questo criterio non è distrutto anche se per un momento si ammette col Beseler che tutti quei passi genuini siano aggiunte postclassiche. Sta che queste aggiunte postclassiche contengono *tutte* accanto all'« hodie » la menzione della fonte del diritto. La contengono e *devono* contenerla. Sia il giureconsulto sia il commentatore, entrambi *hanno bisogno* di richiamarsi alla fonte di diritto: entrambi non possono enunciare un principio giuridico al loro tempo vigente, e derogante al diritto anteriore, se non indicando *per opera di chi* il nuovo principio fu introdotto. Chi non ha bisogno di indicar ciò, è proprio colui, che il nuovo principio introduce: il legislatore, non l'interprete: Giustiniano, non i giureconsulti o i commentatori [1]).

[1]) L'« hodie » senza la menzione della fonte di diritto c'è nelle *Sentenze di Paolo*, ma appunto perchè trattasi di lavoro legislativo.

L'uso di «hoc tempore» nelle Istituzioni di Gaio ne è una riprova.

I. 53: «sed *hoc tempore... ex constitutione* sacratissimi imperatoris Antonini...»

I. 77: «*hoc* tamen *tempore e senatus consulto*...»

I. 171: «*hoc tempore*... cum agnatorum tutelae in feminis *lege Claudia* sublatae sint»

II. 253: «Sed *posterioribus temporibus senatus consultum* factum est...»

II. 280: «...quam sententiam (Iuliani) et *his temporibus* magis *obtinere* videor»

IV. 25: «...*post hanc legem* (Valliam) ... *nostris temporibus*».

Sicchè - anche se si vuol seguire il Beseler nei passi audaci che egli fa attraverso le fonti genuine - il criterio, da me fissato, non resta distrutto: conserva, anzi, tutto il suo valore.

E i frammenti del Digesto, che io ritengo interpolati, sono ancor tutti quelli che io ho elencati nel mio scritto su «Hodie». Cioè, i seguenti:

III. 4. 6. 1 (già Fabro).
IV. 4. 1. 3 (già Ferrini).
IV. 4. 7. 2 (già Fabro).
V. 3 25. 7 (già Siber).
VIII. 3. 9 (già Perozzi).
XI. 1. 1. 1 (già Fabro).
XIII. 7. 16. 2 (già Baviera, Beseler, Albertario).
XXVII. 10. 1 pr. (già Kalb, Beseler).
XXXXVII. 15. 2 (già Beseler).
II. 14. 7. 9.
III. 3. 4. 1.
IV. 4. 7. 6 [1]).

[1]) L'interpolazione di questo testo, oltre che per i motivi già addotti, mi sembra sicura per questa nuova considerazione. È Giustiniano che stabilisce per la prima volta doversi accordare la *restitutio in integrum* non solo nel caso che il minore risenta danno (il così detto *danno emergente* delle scuole), ma anche nel caso che gli manchi un lucro (il così detto *lucro cessante* delle scuole). In fatti a questo § 6, così interpolato, si allaccia il successivo § 8, pure, secondo me, di origine compilatoria.

«[*Quaesitum est ex eo, quod in lucro quoque minoribus subveniendum dicitur, si res eius venierit et existat qui plus liceatur, an in integrum propter*

XXII. 1. 1. 3.
XXIV. 3. 24. 2.
XXVIII. 5. 1. 5.
XXXVI 1. 17 9
XXXIX. 2. 13. 8.
XXXX. 2. 23.
XXXXII. 4. 7. 13.
XXXXVIII. 8. 3. 5.
XXXXVIII. 10. 32.
XXXXVIII. 13. 3.
XXXXXVIII. 16. 15. 1.
XXXXVIII. 19. 13.
XXXXXVIII. 24. 1.
XXXXIX. 12. 1.
L. 16. 131. 1.
XXXIII. 10. 3. 5 (testo però corrotto).

Per alcuni di questi testi il Beseler, a dimostrarne la interpolazione, adduce ancora nuovi argomenti, sui quali a me non importava - e non importerebbe nè pure ora troppo insistere - perchè prova principale della loro interpolazione era, ed è per me, l'uso di « hodie » senza la menzione della fonte di diritto: ad altri indizi, dimostranti l'interpolazione, accennai, ma quasi di sfuggita.

A questi testi ora posso aggiungerne altri due, di cui non tenni conto:

lucrum restituendus sit? et cottidie praetores eos restituunt, ut rursus admittatur licitatio. idem faciunt et in his rebus. quae servari eis debent. quod circumspecte erit faciendum: ceterum nemo accedet ad emptionem rerum pupillarium, nec si bona fide distrahantur. et destricte probandum est in rebus, quae fortuitis casibus subiectae sunt, non esse minori adversus emptorem succurrendum, nisi aut sordes aut evidens gratia tutorum sive curatorum doceatur] ».

Gli indizi, che attestano per me l'origine compilatoria di questo paragrafo, son molti. C'è un continuo e irregolare passaggio dal plurale al singolare, poi dal singolare al plurale e così via.

« *Minoribus ... eius ... restituendus sit ... eos ... eis ... minorem* ».

Si aggiunga « *cottidie* »; il plurale « *praetores* »; « *quod circumspecte erit faciendum* »; « *ceterum* »; « *fortuitis casibus* », « *destricte probandum est* »; « *evidens gratia doceatur* »; la menzione delle cose pupillari (*rerum pupillarium*) e dei tutori (*tutorum sive curatorum*) in un paragrafo, in cui si tratta della *restitutio in integrum* per la minore età.

D. I. 2. 2. 19 (Pomponius libro singulari enchiridii). « Et his dictatoribus magistri equitum iniungebantur sic, quo modo regibus tribuni celerum: [quod officium fere tale erat, quale *hodie* praefectorum praetorio], magistratus tamen habebantur legitimi ».

D. XXXV. 3. 1. 5 (Ulp. 79 ad ed.) « ... [*Hodie* tamen subsimile aliquid fit in fideicommissis] ».

Per il primo di questi testi, l' inciso interpolato è tanto breve, che indizi speciali della sua interpolazione, - all' infuori dell' uso di « hodie » senza la menzione della fonte di diritto - non sembrano esservi. Per il secondo - oltre il *principale* motivo - indizi invece vi sono, e ad essi opportunamente accenna il Beseler: *subsimile*, la frase *fit in fideicommissis* che « ist kaum ulpianisches Latein ».

Ed ora ritengo interpolato, mentre credevo prima genuino

D. 40. 4. 10. 1 (Paul. 4 ad Sab.). « Si servus legatus liber esse iussus est, liber est. Sed si prius liber esse iussus, postea legatus sit, [si quidem evidens voluntas sit testatoris, quod ademit libertatem, cum placeat *hodie* etiam libertatem adimi posse, legato eum cedere puto: quod si in obscuro sit, tunc favorabilius respondetur liberum fore] ».

I due incisi « si quidem ... libertatem », « quod ... fore » erano già indicati come interpolati dal Lenel. Io ritenevo genuino col Lenel: « cum placeat hodie etiam libertatem adimi posse ».

Ora anche questo inciso io ritengo, dopo la chiara dimostrazione del Beseler, che richiama le interpolazioni eseguite in D. 40. 5. 50 e 31. 14 pr., interpolato. Ma il criterio, da me fissato, riman fermo. Il verbo « placere » è usato tanto dai giureconsulti per indicare un principio invalso nella giurisprudenza quanto da Giustiniano per introdurre un principio nuovo. Di fronte a questo uso comune del « placere » presso i giureconsulti e presso Giustiniano, il criterio, da me fissato, si trova in questo caso speciale *inapplicabile*: ecco tutto. In questo caso speciale, quindi, sfuggendo quella che è per me la prova migliore della interpolazione, occorre andare alla ricerca di altri indizi. E il Beseler li ha egregiamente raccolti.

Così pure interpolato ritengo ora

D. 42. 1. 7 (Gai libro ad ed. praet. urb. tit. de re iud.). « Intra dies " triginta " [constitutos] (*Gradenw.*) quamvis iudicati agi non possit, [multis tamen modis] iudicatum liberari posse [*hodie*] non dubitatur, quia " triginta " [constitutorum] (*Gr.*) dierum spatium pro iudicato, non contra iudicatum per legem constitutum est ».

Mi sembra convincente, a riguardo di questo testo, l'esegesi del Beseler. Ma anche qui il criterio, che io ho cercato di fissare, non perde il suo valore. Poichè l'« hodie » - se ben si considera - ha un diretto riferimento al « *multis* modis liberari » e non alla motivazione finale « quia ... per legem ... » [1]).

Il non seguire quel criterio, invece, porta il Beseler a risultati - in non piccola parte - diversi dai miei. Egli - abbiamo visto - è costretto a ritenere alterate *tutte* le fonti genuine, quantunque di queste alterazioni *gli sfuggano* le prove. Ma egli è indotto, anche, a ritenere *frutto di elaborazione postclassica* testi che sono, secondo me, o genuini o interpolati. Sono i seguenti:

D. I. 2. 2. 19: secondo me interpolato. C'è l'« hodie » senza il riferimento della fonte di diritto.

D. I. 2. 2. 43: « statuam ei populus romanus pro rostris posuit et *hodieque* exstat pro rostris Augusti ». Questo testo va, secondo me, eliminato, perchè non si riferisce a un principio giuridico.

D. I. 13. 1. 3: secondo me genuino. « Hodieque *optinuit* ». Cfr. Gai. II. 280: « quam sententiam et his temporibus *magis obtinere* video ».

D. XVIII. 1. 1. 1: secondo me genuino. « Hodieque dubitatur », dice Paolo, perchè la cosa è controversa tra Sabiniani e Proculiani, alle cui dottrine egli si richiama.

D. XXXVI. 1. 70 pr.: « hodie *ex Trebelliano senatus consulto* ». Secondo me, genuino.

D. XXXXVIII. 8. 3. 5: secondo me interpolato. Non c'è la menzione della fonte di diritto. Oltre speciali altri indizi, dimostra l'interpolazione il tempo dei verbi: « Legis Corneliae de sicariis

[1]) E convincente mi sembra pure l'esegesi del Beseler a riguardo di D. 35. 1. 77. 3. Ma qui pure quel criterio resta ben saldo. Nel fragm. de iure fisci 9 l'« *hodie* » può essere richiamato al precedente « *amplissimus ordo* ».

et veneficis poena insulae deportatio *est* et omnium bonorum ademptio. [Sed *solent hodie* capite puniri etc....] ». Se questo inciso finale fosse del giureconsulto, avrebbe dovuto dire « deportatio *erat* » per poter dire poi « sed *solent* hodie capite puniri ». Gli è che Marciano dice « deportatio *est* » perchè la deportazione è ancora la pena del suo tempo e tutto l' inciso « sed *solent* hodie capite puniri etc. » è soggiunto dai compilatori.

D. XXXXVIII. 10. 32 pr.: secondo me interpolato. Non c' è, anche qui, la menzione della fonte di diritto nè mancano altri indizi.

D. XXXXVIII. 11. 7. 3: « Hodie *ex lege repetundarum* ». Secondo me, genuino.

D. XXXXVIII. 13. 3: Secondo me, interpolato. « Peculatus poena aquae et ignis interdictionem, [in quam hodie successit deportatio], *continet* ». L' interpolazione è chiarissima. Perchè ancora « continet » (*presente*!) se già « successit deportatio » *al tempo del giureconsulto?*

D. XXXXVIII. 14. 1 pr.: « hodie ... *hanc legem* ... ». Secondo me, genuino.

D. XXXXVIII. 16. 15. 1: Secondo me, interpolato. Il testo è sgrammaticato e brutto.

D. XXXXVIII. 19. 13: Secondo me, interpolato. Manca, naturalmente, la menzione della fonte di diritto. Ma altri indizi abbondano: *ita tamen ut - moderatio - vel graviorem vel leviorem* dopo *quam vult.*

D. XXXXVIII. 24. 1: Secondo me, interpolato. Manca la fonte di diritto. Qui pure vera abbondanza di altri indizi. Nel principio del frammento Ulpiano avverte che « corpora eorum qui capite damnantur cognatis ipsorum neganda non sunt ». Poi verrebbe a dire che ci vuole il permesso e che non sempre si permette. È una contraddizione! Notevole è poi il compilatorio *maxime*.

O genuini o interpolati sono - adunque - tutti questi frammenti, intorno ai quali il Beseler osserva che « besteht nach unseren Erfahrungen der Verdacht nachklassischer Veränderung ».

Il Beseler, inoltre, ritiene interpolati D. 33. 4. 1. 3 e 47. 10. 7. 6[1]),

[1]) Qualche cosa in questo frammento di interpolato vi potrebbe essere, ma l' uso di « hodie » è classico e tutto il frammento non è certo interpolato.

contenenti la menzione della fonte di diritto e perciò, secondo me, genuini, e ritiene genuino D. 40. 2. 23, perchè appartenente a giureconsulto postclassico (Ermogeniano), mentre esso è, secondo me, interpolato. I giureconsulti - classici o non - indicano *sempre* la fonte di diritto, ed i frammenti genuini ne fan fede.

Ed ora chiudo la lunga parentesi. Altre volte il Beseler coglie un indizio d' interpolazione, a mio avviso non esattamente. Così, egli sembra ritenere compilatoria la costruzione *quamquam - attamen* (p. 52) e compilatoria anche la costruzione affine *etsi - attamen* (p. 28). Non è vero - per lo meno egli non prova e nessuno fin qui ha provato - che si tratti di costruzioni compilatorie. Il nostro Ferrini, anzi, chiudendo le sue Note critiche ed esegetiche [1]), in cui dimostra l'origine compilatoria della costruzione *licet - attamen*, avverte che altrettanto non si può dire della costruzione *quamquam - attamen*. Passi con queste costruzioni interpolati vi sono, ma ciò non vuol dire ancora che queste costruzioni siano compilatorie. La costruzione *etsi - attamen* è, a mio avviso, parecchie volte compilatoria: ma occorre trovare altri indizi [2]).

Non mi dilungo in ulteriori osservazioni. Un'opera, come questa del Beseler, deve essere considerata nel suo mirabile insieme, nella sua importanza scientifica veramente grande. Quel piccolo lavoro di critica che io ho cercato qua e là di fare, e che qua e là si potrebbe ancor fare, ogni romanista farà [3]). Ma il recensente, di fronte al valore dell' opera che ha dinanzi a sè, deve sentire il dovere di non smarrirsi in esso. L' un dopo l' altro, questi due volumi dei *Beiträge* del Beseler sono la manifestazione di una giovane vita intellettuale grandemente operosa, che alla giovinezza deve l' impeto e l'entusiasmo da cui è posseduta, all'operosità la larghezza e l' importanza dei risultati ai quali riesce. Questa importanza emergerà ancor più, quando la lunga serie dei testi interpolati sia ricondotta agli istituti, a cui i singoli testi appartengono. L'avido ricercatore del diritto classico attraverso il Digesto adopera fini accorgimenti e mezzi nuovi per sceverare da quel diritto il diritto giustinianeo; decompone i frammenti,

[1]) *Bull. dell' ist. di dir. rom.*, XIV, p. 218.

[2]) Cfr. E. Albertario, *Contributi alla critica del Digesto*, p. 9, nota.

[3]) Io faccio, ad es., delle riserve per quel che il B. scrive a proposito del l' « *Haplologie* ».

li analizza, li scruta: così decomposti, analizzati, scrutati, li presenta alla nostra considerazione. Ed è - per lo più - contento. Raramente li riordina, li raccoglie. È preoccupato del lungo lavoro dell'analisi: non si indugia, se non raramente, nel lavoro della sintesi.

Ma, anche così, l'importanza di questi *Beiträge* è - ripeto - veramente grande. Sono due anni oramai da che la Direzione della *Zeitschrift der Sav. Stift. für Rechtsg.* si accinse all'impresa - il cui bisogno era così vivamente sentito - della raccolta di tutte le interpolazioni fin qui segnalate. Sembrava che il momento fosse venuto. Un gran numero d'interpolazioni pareva già noto: ne pareva necessaria la raccolta per disciplinare indirizzare spronare le nuove ricerche. Le grandi vivaci ricerche parevano finite.

Accadde, invece, che proprio nel periodo del suo inizio la critica delle fonti - questa critica che pareva quasi un po' estenuata - maturò frutti superbi. Il Fehr ha dimostrato solo allora l'estraneità dell'ipoteca al diritto classico intraprendendo un'indagine attraverso le fonti che fu delle più audaci e resterà delle più ricche. Il Beseler solo allora apre innumerevoli vie nuove nel campo del criterio linguistico e stilistico per rintracciare il lavoro dei compilatori giustinianei.

Non è esagerazione il dire che i suoi risultati possono, quasi, stare accanto e gareggiare con quelli, in questo campo raggiunti, da tutti gli altri riuniti insieme. Ed il suo metodo appunto rivela, in fondo, uno che s'accorge d'essere arrivato tardi e non vuol perder tempo.

Non possiamo seguirlo sempre; dobbiamo criticarlo anche un po': ma dobbiamo - anche e sopratutto - voler molto bene e rendere molto onore a questa bella mente fecondatrice.

Dicembre 1911.

EMILIO ALBERTARIO.

G. Rotondi. *Gli atti in frode alla legge*. Opera premiata dal R. Istituto Lombardo di scienze e lettere. — Torino, Unione Tipogr.-Editr. Torinese, 1911.

Sono lieto di presentare quest'opera, di cui si è arricchita nel corrente anno la nostra letteratura giuridica. Essa è destinata ad illuminare uno dei punti più oscuri della interpretazione della legge, a

studiare una dottrina, alla quale tanto hanno nociuto e l'imprecisione dei concetti e l'imprecisione della terminologia e il prestigio di una formola tradizionale. Ed è l'opera di un giovane: ma di un giovane così valoroso, così ricco di conoscenze storiche, così preparato alla costruzione dommatica, così esperto nel lavoro dell'esegesi, da far credere che sia il frutto di un'età più matura.

Un nostro illustre giurista, il Pacchioni, avanzò recentemente l'ipotesi (*Riv. di dir. comm* 1911, II, pag. 332 e sgg.) che la concezione subiettiva della *fraus legi*, in quanto vi si dà rilievo decisivo all'intenzione, fosse giustinianea (sarebbero testi interpolati: c. 5 C. 1. 44; fr. 3 § 3 D. 14. 6; fr. 29 § 1 D. 16. 1).

Il Rotondi, nel suo lavoro già compiuto nel 1909 e solo ora dato alle stampe dopo un non sostanziale rimaneggiamento, pur partendo anch'egli dal principio che quella concezione è estranea alla dottrina delle fonti classiche, perviene ad un risultato diverso. Quanto alla c. 5 C. 1. 44 il Rotondi dimostra che essa va propriamente riferita non al problema della *fraus legi* ma ad un altro: essa rappresenta non l'*exequatio* dell'elemento intenzionale alla violazione aperta, bensì la dichiarazione che per qualunque violazione - aperta od occulta, intenzionale o no, qui non si fa questione - va comminata la nullità dell'atto compiuto. Quanto al fr. 29 § 1 D. 16. 1 l'« *excogitata possunt* », che al Pacchioni sembra sospetto, ricorre anche in Gaio (I. 46) e ad ogni modo, preso com'è, il fr. è una dichiarazione generica che non deve impressionare. Quanto al fr. 3 § 3 D. 14. 6 il Rotondi pure sospetta interpolato l'ultimo inciso e rileva anche il carattere alquanto eccessivo della decisione, la quale però gli sembra poter essere giustificata su una base obbiettiva.

Conviene, ora, seguire l'autore nel suo cammino.

La elaborazione dommatica della *fraus legi*, come figura giuridica autonoma, è nota al diritto romano? Per rispondere al problema l'autore si preoccupa anzitutto di fissare la terminologia romana ed il suo vero valore, ricercando per quanto sia possibile sulla scorta anche delle fonti letterarie, ma specialmente delle giuridiche, quale fosse il significato originale della parola *fraus* ed in particolare della espressione *fraus legi*. Da esempi scelti dagli scrittori più diversi per indole e per epoca, risulta che è larghissima la serie dei casi in cui *fraus* e i derivati hanno un valore prettamente oggettivo, che non scompare

del tutto neppure negli scrittori della decadenza: nelle fonti giuridiche la evoluzione di significato sembra essere ancora più lenta. Così la terminologia della *fraus legi* - fatta astrazione da una tenue evoluzione in senso soggettivo - ha nel suo complesso un tipo uniforme in tutti i testi della giurisprudenza classica e delle costituzioni imperiali.

Interessante è l'*assenza* di quella espressione nelle costituzioni di Giustiniano: questo indizio rende *a priori* inverosimile che il motivo della *fraus legi* sia particolarmente caro ai compilatori: indizio che viene largamente rassodato dalla lettura dei testi bizantini.

In secondo luogo l'A. si accinge ad esaminare le singole specie, nelle quali i giureconsulti classici applicano il concetto e l'espressione di frode alla legge. Dal complesso dei casi esaminati risulta che, sebbene le espressioni *fraus legi, in fraudem legis* siano usate uniformemente nelle varie specie, è necessario logicamente distinguere due categorie diverse. La prima abbraccia quelle specie in cui si tenta, con l'impiego di mezzi indiretti, e colla apparenza della liceità, di raggiungere quel risultato che la legge vieta, o di evitare ciò che la legge impone: il giureconsulto scopre che, in ultima analisi, si tratta di una lesione della legge - *fraus legi* - e perciò applica senz'altro la sanzione che la legge contiene. La seconda abbraccia quei casi in cui, approfittando di una effettiva imperfezione della legge, l'agente riesce a combinare le sue azioni in modo da potervisi sottrarre, senza che la giurisprudenza abbia armi proprie per colpirlo. Qui, quando si vuole che la legge, a furia di essere elusa, non resti lettera morta, si vede di nuovo intervenire lo Stato con una legge che integra l'antica.

Esaminata la terminologia delle fonti e le singole specie in cui la formola della *fraus legi* è applicata alla risoluzione di casi concreti, è ora possibile prendere in considerazione i testi che formulano il concetto della *fraus legi* in modo generico (fr. 29 § 1 e 30 D. 1.3). Dal lato concettuale questi testi, che del resto hanno una portata generale solo nel diritto giustinianeo, dicono molto poco: la c. 5 C. 1. 44 ha una portata diversa, a cui già da principio accennai. E dopo questo, l'A. entra nel problema fondamentale: quale sia il concetto, cioè, che della *fraus legi* si formarono i giureconsulti romani tenendo conto delle formulazioni generiche e delle applicazioni pratiche. La teoria

degli atti in *fraudem legis* - così come la intendono i giureconsulti romani - non è che un' applicazione, per nulla affatto singolare ed anomala, di questo principio: che, cioè, l'interprete deve sempre ricercare la *sententia* non i *verba legis*, e, in caso di contrasto accertato, dar la prevalenza alla prima. Sicchè dall' esame terminologico ed esegetico risulta l'assenza nei giureconsulti romani di una teoria della *fraus legi* distinta con contrassegni proprii dai canoni usuali dell' interpretazione. I giureconsulti classici nell' esaminare le specie di *fraus legi* non dànno risalto all' elemento intenzionale, o - per lo meno - se lo hanno presente, questo *non* è il criterio *decisivo* della loro soluzione. L' opinione del Pfaff, che ritiene esigere i giureconsulti romani l' elemento *subiettivo*, la intenzione antigiuridica come requisito della *fraus legi* e l' opinione del Neff, troppo radicale, che ritiene non rilevare per i giureconsulti l' *Umgehungsdolus*, sono dall'A. vagliate e sottoposte ad una critica fine.

Quando sorse, allora, questa dottrina della *fraus legi* come dottrina giuridica autonoma?

L'A. pur ritenendo vano il tentativo di collegare questo sviluppo ad una data, ad un nome, afferma che essa è il prodotto lento dell'epoca medievale, dai glossatori e più dai commentatori giù attraverso i decisionisti e i trattatisti; dal secolo XV al XVII giù fino agli scrittori del XVIII e XIX secolo, su cui ancora poggia la dottrina odierna. Il sorgere e l' affermarsi di questa teoria trovava nel diritto intermedio assai propizie le condizioni che noi chiamiamo d'ambiente: la tendenza di dare attuazione allo scopo pratico della legge e quella di dare risalto alla intenzione giuridica delle parti. Diritto canonico e tendenze di origine germanica vi possono avere influito. È la stessa invadenza di principii *etici* nel campo del diritto che ha generato la teoria degli atti emulativi, che il classico lavoro dello Scialoja dimostrò sviluppata su uno spunto giustinianeo. La confusione terminologica ha anche contribuito in modo efficace alla formazione della teoria: i glossatori, digiuni di cultura filologica, prendono le parole e le frasi nel senso che dà loro l' uso comune: *fraus* ha ora sempre il significato di inganno: è la moderna *frode*. Questi, i moventi principali che determinarono il sorgere della dottrina della *fraus legi*: con uno sguardo rapido l' A. ne segue lo svolgimento attraverso la letteratura.

Un bel capitolo è riservato alle principali applicazioni odierne del concetto di frode.

I casi principali, che la nostra giurisprudenza presenta, nel campo civile e amministrativo e internazionale, vi sono tutti esaminati. Così la frode al divieto del patto commissorio - il *pactum reservati dominii* nella compravendita - frodi in tema d'usura - frodi alla necessità dell'autorizzazione maritale o giudiziaria - l'interposizione di persona - frodi in materia testamentaria: le cosidette frodi pie - la frode nel diritto internazionale privato: il caso dei divorzi all'estero - la figura giuridica dello sviamento di potere.

In un ultimo capitolo l'A. mette in guardia contro i pericoli della dottrina tradizionale, estranea alle fonti romane e intrinsecamente illogica. Avverte infine che le modernissime tendenze in materia d'interpretazione della legge, pur essendo fondamentalmente erronee e sommamente pericolose, hanno determinato tutta una revisione della teoria dell'interpretazione e colle loro massime eccessive hanno indirettamente giovato a far meglio precisare i confini entro cui l'interpretazione va trattenuta. E conclude:

« Se la legge, per imperizia o trascuranza di chi la redige, riesce monca e imperfetta, o se di fronte alle condizioni economico-sociali si rivela inadeguata ed inutile, tutti gli sforzi della giurisprudenza non basteranno ad eliminare quella imperfezione od a colmare quella lacuna. È quindi desiderabile che la giurisprudenza non si avventuri in quella strada pericolosa, ma si limiti ad interpretare la legge così com'è: in tal modo nell'applicazione pratica le manchevolezze risalteranno più evidenti, la possibilità di frodi apparirà più palese e più bisognevole di riparo: e così sarà facile alla dottrina e alla giurisprudenza provocare un nuovo intervento del legislatore, che solo ha il diritto, e l'obbligo, di provvedere ».

Ho segnato, appena a grandi linee, lo svolgimento di questa bell'opera. In essa l'indagine concettuale è forte e penetrante, ardita e sicura. La raccolta del materiale romanistico, legislativo specialmente, è quale si può aspettare da uno studioso che pubblicherà presto un diligentissimo elenco delle *leges* romane. L'esegesi dei testi, non sforzata mai e sempre profonda. Acuto lo studio delle cause che nell'epoca medievale fecero germogliare questa teoria che di romano ha poco più che il nome; completa la rassegna dei casi, in cui la nostra giu-

risprudenza questa teoria suole applicare. Forse lo sviluppo della dottrina della *fraus legi* nel diritto intermedio poteva essere seguìto più da vicino, ed il suo studio trattato con maggiore ampiezza, dato che questo punto costituisce la parte più nuova e più preziosa dell'opera. Ma l'opera in sè non è menomamente danneggiata.

È da desiderare, piuttosto, che l'A., il quale ha una così robusta e così completa tempra di giurista, voglia nell'avvenire portare ancora spesso così larghi e così geniali contributi alla scienza.

EMILIO ALBERTARIO.

Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento. - Pagg. XVI-812 - Palermo, Stab. tip. Ditta L. Gaipa, 1910. Prezzo L. 25.

Molto accetto agli studiosi dovrà essere questo grosso ed elegante volume di *Studi* dedicato a B. Brugi nel XXX anno del suo insegnamento, per il nome illustre cui è dedicato e per la ricchezza e la importanza delle memorie ivi contenute. Il volume si divide in 6 parti così distribuite: I. Filosofia del diritto (pagg. 1-136); II. Diritto romano (pagg. 137-418); III. Storia del diritto italiano, diritto canonico, numismatica (pagg. 419-606); IV. Diritto pubblico (pagg. 607-660); V. Diritto privato (pagg. 661-753); VI. Economia politica e statistica (pagine 754-812).

Credo di far cosa utile ai lettori del *Bullettino* dando un breve cenno delle memorie contenute nella parte II dedicata al diritto romano. Lavori pregevolissimi e di alta importanza si trovano nelle altre parti, come quello del Solmi, *Sul diritto di passo necessario nel medio evo* (pagg. 481-493), del Besta, *I sommari e le glosse all'epitome di Giuliano* (pagg. 535-564), del Savagnone, *Le origini del sinodo diocesano* (pagg. 565-600), dello Scialoja, *Per l'abolizione dell'autorizzazione maritale* (pagg. 663-669), del Polacco, *Sulla massima momentum mortis vitae tribuitur* (pagg. 711-729), ecc. ecc., ma il carattere di questo *Bullettino* m'impone a limitarmi solo alla parte prettamente romanistica. Accenno alle singole memorie nell'ordine in cui si trovano distribuite nel volume.

Fadda, *Consortium, collegia magistratuum, communio* (139-150). Il F. aderisce, portandovi il suo poderoso contributo, all'opinione dominante che paragona la struttura del condominio romano con quella della collegialità delle magistrature; anzi, il F. sostiene che la ragione di tale costruzione della communio va ricercata nel fatto che il condominio del diritto privato non è se non la continuazione di una potestà collegiale di carattere politico e precisamente dell'antico consortium che in origine aveva luogo fra gli heredes sui. Brevi ma succose osservazioni reca a questo proposito il F. su alcuni punti fondamentali del consortium familiare, come sulla sua comprensione e sul grave problema della inseparabilità. La frase di Gellio che descrive il consortium come una « societas inseparabilis » la quale giuridicamente si esprimeva con la formula « ercto non cito », per il F. non è un'esagerata espressione, come si è sostenuto, ma rispecchia appieno gli elementi di fatto e giuridici dei primi tempi: alla morte d'uno dei consortes la communio non cessa; il concetto della communio pro indiviso non esisteva in antico; il consortium importa una riunione che esclude ogni idea di quota, ed i capi di famiglia dovettero essere eguali nel godimento dei beni comuni, ma la decisione relativa a tutto ciò che fosse d' interesse collettivo doveva esser presa da tutti i capi. E dapoichè la gens e la familia avevano funzione politica, ecco come si spiega che un tale stato di cose sia passato nel governo della cosa pubblica creandovi il concetto della collegialità delle magistrature, e d'altra parte, col cessare del carattere politico di questi gruppi, abbia dato la configurazione alla struttura della comunione.

Arnò, *La c. ult. C. de peric. et comm. rei vend.* (151-162). L'Autore qui dimostra l' interpolazione di questa costituzione in cui si afferma il principio che la cosa venduta è a rischio del compratore anche che non sia avvenuta la tradizione, qualora però questa sia differita non per mora del venditore, e la cosa non perisca ex praeterito vitio. L'A. rileva tra l'altro, in conformità ai suoi noti studi sul periculum rei venditae, come nel tit. del Codice de peric. et comm. rei vend., si contengono costituzioni emanate in uno spazio di quasi un secolo, ma che sembrano tutte vari articoli di Codice redatti nello stesso tempo e dalla medesima commissione destinati a fissar bene i limiti del principio che « res statim perit emptori ».

Bonfante. *Un contratto a favore di terzi nell'èra classica* (163-169). Il B. mette in luce l'importanza di un passo di Apuleio (Ap. 91, 92, 102) per la storia e la dottrina dei contratti a favore di terzi: Apuleio, per difendersi dalle calunnie mossegli, dichiara di aver ricevuto una dote ben meschina e che del resto egli si è impegnato a restituire ai figli della moglie; trattasi, come ognun vede, di una stipulatio alteri, valida, giacchè Apuleio dichiara che di quella somma: 'repetitionem filiis... pacto datam'. Il B., anche qui come nel F. V. 286, inclina a ritenere che si tratti di azione ex decreto dipendente dall'arbitrio del magistrato. Questo mezzo dell'actio utilis ex decreto doveva essere nel diritto classico più in uso di quanto si suppone generalmente; l'espediente giustinianeo delle azioni utili e delle azioni in factum non sarebbe che una estensione apparente, derivante dal fatto che ormai al disopra del giudice non vi è più il magistrato che con la sua iurisdictio può colmare le lacune della legge

Riccobono, *Vat. Frag 70*[1]. *Instrumentum fundi. Rinnegazione delle pertinenze immobili* (171-201). Il R. ricostruisce stupendamente al suo dettato genuino il fr. 9 §§ 6, 7 D. 7, 1 (= V. F. 70[1]), manipolato dai compilatori allo scopo di attribuire all'usufruttuario la facoltà di vendere le piante del vivaio, i pali, le canne, ecc., destinate alla coltura del fondo; nel diritto classico, invece, l'usufruttuario poteva usare di questi prodotti pel servizio dell'azienda agricola così come ne usava il padre di famiglia. Il testo poi è illustrato dal R. con acute considerazioni sull'instrumentum fundi e sulla dottrina delle pertinenze immobili. L'instrumentum fundi non è riguardato dai classici come accessorio del fondo, ma l'usufruttuario che è investito temporaneamente dell'esercizio dell'azienda agricola, ha il diritto che il fondo gli sia consegnato nello stato idoneo alla produzione dei frutti. Nel fr. 9 § 7 esaminato, si parla del legato della selva di pali lasciato insieme al fondo, appunto perchè quella, trovandosi in un terreno separato, costituisce un fondo giuridicamente indipendente, giacchè quella dottrina delle pertinenze immobili, se può avere un debole appoggio nell'interpolato fr. 20, 1 D. 8, 5 [*sed si ... transire*], fu estranea al diritto classico.

Solazzi, *Peculio e in rem versio nel diritto classico* (203-229). Che per l'actio de peculio e de in rem verso fosse proposta un'unica formula è stato messo in luce dal Lenel: ora, secondo il S., la ragione

di ciò starebbe nella circostanza che l'actio de in rem verso presupponeva sempre l'esistenza attuale o precedente di un peculio. Con questo ordine di idee si spiega, secondo il S., la concessione dell'actio de in rem verso utilis nel fr. 20 pr. D 15, 3 e 21 eod.: in questi casi appunto il soggetto a patria potestà non aveva un peculio e quindi era inapplicabile la semplice actio de peculio. Ciò per il diritto classico. Ma nel diritto giustinianeo, colla estensione dell' actio de in rem verso alle persone sui iuris, la sola versio in rem è posta come requisito per la condanna de in rem verso, e l'habere peculium non è più condizione comune alle due condemnationes. Da ciò alcune interpolazioni di frammenti che il S. rimanda ad altra occasione.

Fitting, *L. 1 §§ 9, 10 D de vi XLIII, 16* (231-243). A proposito di questo celebre testo, il F. esamina in breve la dottrina della civilis e naturalis possessio. Respinte le varie interpretazioni proposte, il F. conclude che in quel testo Ulpiano con civilis possessio indicava il possesso per sè [Eigenbesitz] e con naturalis possessio il possesso pro alieno. A questo proposito il F. si ferma a considerare la natura del possesso del coniuge donatario e le divergenze di opinioni dei giuristi sul riguardo.

Arangio-Ruiz, *Per la classificazione delle servitù di passaggio* (245-265). L'A. vorrebbe qui dare una spiegazione storica di quella discordanza fra i testi in ordine al contenuto ed alla classificazione delle servitù di passaggio: secondo alcuni testi esisterebbero solo due servitù, l'iter e l'actus, aventi contenuto diverso, dalla cui somma risulta la via; secondo altri invece, quelle due servitù avrebbero entrambe la stessa facoltà di ire, ampliata nell'actus dalla facoltà di agere. L'A. inclina a ritenere che quest' ultima configurazione in parte appartenga a Giustiniano. Interpolata la nota definizione del fr. 1 pr. D 8, 3 [*ambulandi homini... iumentum agendi*; *itaque. . iumento*], la motivazione del fr. 1 D. 34, 4 [*quia... potest*], e del fr. 2 D. 8, 6 [*nam... haberet*] ed il brano « *sed qui... nihil agit* » del fr. 58 D. 45, 1. Genuino invece il fr. 9,2 D. 46,2.

Perozzi, *Circa il limite della cognazione in Roma* (267-295). Il P. in questa memoria dimostra luminosamente che nelle fonti romane il termine « cognatus » non indica il cognato entro un dato grado, come assume la communis opinio, ma il cognato puramente e semplicemente; se non che, qualora il giurista tratti di una norma che

stabilisca un dato limite di grado, parla solo di cognati, ma allora è la norma a cui si riferisce ma non il senso di cognato che permette di far ciò. Circa il limite della cognazione, secondo il P., si può dire solo che il diritto romano in linea retta sente il grado di parentela ed ha una nomenclatura propria fino al 7° grado; al di là non sente che la semplice parentela; la qual cosa non si ha nella linea collaterale, giacchè solo al 6° grado si trova un nome a sè (sobrinus) che non s' incontra nè nei gradi precedenti nè nei susseguenti.

Degni, *Le belle arti nella vita e nel diritto di Roma* (297-316). Con esempi vari il D mette in luce come il sentimento dell'arte, sempre insito nell'animo dei Romani, non sia tardato ad affermarsi fino al punto di trovare, specie nel periodo imperiale, una larga ed efficace tutela nel campo del diritto.

Di Marzo, *Notizie sui giureconsulti romani in una lettera del Petrarca* (317-323). Il D. M. rileva come le notizie riguardanti alcuni giuristi romani, contenute nella lettera XX, 4 fam. del Petrarca, siano attinte dagli Scriptores Historiae Augustae.

Messina-Vitrano, *Il fr. 31 de leg. I, 3* (323-337). Il M.-V. attribuisce al diritto giustinianeo il principio assoluto formulato nel fr. 31 che cioè « princeps legibus solutus est »; nel diritto classico questa formula avrebbe avuto un valore puramente teorico. Parimenti il M.-V. attribuisce al nuovo diritto il principio enunciato nello stesso fr., secondo cui gl'imperatori attribuiscono all' imperatrice gli stessi privilegi da essi goduti.

Binder, *Der justinianische Litteralkontrakt* (339-363). Il B. scorge anche nel diritto giustinianeo l'esistenza di un contratto letterale che, almeno nei suoi effetti giuridici, sarebbe identico a quello classico: il B., infatti, contro l'opinione dominante, ravvisa per diritto giustinianeo una obligatio litteris nelle cautiones stipulatoriae per cui era inapplicabile la querella non numeratae pecuniae. Ritenere, come si fa comunemente, che qui si tratti di obbligatio verbis, secondo il B., dal punto di vista giustinianeo, non è esatto: scomparse con Giustiniano i verba solemnia per la stipulatio ed il requisito della presenza delle parti, da queste cautiones stipulatoriae inattaccabili dalla quer. non num. pec. non poteva nascere che un'obbligatio *litteris*.

Baviera, *Il valore dell'exaequatio legibus dei plebiscita* (365-388). In questa brillante memoria il B., fissato il carattere della lex, re-

golante cioè interessi collettivi della civitas, e del ius comprendente cioè norme che riguardavano il civis come tale, determina la vera portata della lex Hortensia che ammise l'exaequatio legibus dei plebiscita: detta legge stabilì non già che i plebisciti diventassero fonte di norme giuridiche eguali per struttura e contenuto alla lex, ma invece che quei speciali plebisciti che regolavano interessi quasi del tutto patrimoniali, esempio tipico l'usura e l'aes alienum, si applicassero a regolare rapporti tra il civis patrizio ed il civis plebeo.

Segrè, *Miscellanea esegetica* (389-418). Do in sintesi una breve notizia dei testi esaminati qui dal S. Nel fr. 38, 1 D. 22, 1 dimostra l'interpolazione del brano «et si in re... debeat» inserito dai commissari per fare decorrere i frutti dal momento della mora. Nel fr. 18 D. 21, 1 il S. toglie come interpolato il brano «aut... sit» unitamente al «quoque» che ammette la possibilità di agire ex empto contro il venditore rivendicante anche dopo che il compratore sia rimasto soccombente nella rivendica nonostante l'inserzione della exceptio doli. Fr. 50, 1 D. 5, 3: interpolato «aut» ed «aut... repetiturum» che faculta l'erede apparente ad agire coll'azione negotiorum gestorum per le spese fatte per l'erezione del monumento imposto dal testatore. Notevole è infine l'identificazione del celebre «unus casus» del § 2 Inst. IV, 6, in cui «qui possidet nihilo minus actoris partes sustinet». Il S. è d'avviso che questo passo alluda non ad un possessore che agisce, ma ad un possessore che pur essendo convenuto, processualmente deve comportarsi come attore cioè fornire la prova della proprietà; ora questo caso sarebbe dato solo dalla applicazione della cosidetta presunzione Muciana, secondo cui le cose possedute dalla moglie si consideravano provenienti dal marito e quindi se questi rivendicava, toccava alla moglie di provare che le cose erano a lei pervenute per un'altra causa onesta di acquisto, e non per donazione del marito (cfr. fr. 51 D 24, 1 e c. 6 C. 5,16).

BIONDO BIONDI.

R. von Mayr, *Römische Rechtsgeschichte.* I. Buch: Die Zeit des Volksrechtes 1. Hälfte: Das öffentliche Recht; 2. Hälfte: Das Privatrecht. (Sammlung Göschen Nr. 577, 578, pag. 150, 117) Leipzig, 1912.

Nella collezione dei popolari, perspicui e facilmente comprensibili manuali scientifici, lodevolmente conosciuta sotto il titolo 'Sammlung Göschen', è uscito recentemente un sunto della storia del diritto romano di Roberto von Mayr, professore di diritto romano nell'Università di Praga. Se malgrado il carattere popolare dell'edizione, dedichiamo qui al lavoro del v. Mayr una nota critica, ciò facciamo per il suo valore intrinseco, che rende questi volumetti meritevoli di una vasta diffusione. Per quanto si può giudicare dalla parte del lavoro già pubblicata, l'esposizione del v. Mayr, sebbene ristretta nei limiti di una edizione popolare, poggia su ampia base. Questi due primi volumetti non contengono che la prima parte dell'intero lavoro, per il compimento del quale altri ne saranno ancora necessari. La letteratura del diritto romano conosce già da molto tempo tali brevi e concisi compendi: uno dei migliori, a me noti, di questo genere, è quello di E. Costa, *Storia di diritto romano privato* (Manuali Barbèra, Firenze, 1908), dove in 227 pagine è descritta abilmente la storia del diritto romano privato insieme colle fonti: un eccellente sunto che può esser scorso in poche ore. I sommari di tal genere, ed anche quello del v. Mayr, non contengono nè indicazioni bibliografiche nè altro apparato scientifico; racchiudono solamente delle notizie sicure, o per lo meno molto probabili, evitano la polemica e l'enunciazione di nuove ipotesi intorno a questioni principali. Ma il v. Mayr ha dato nei suoi libricciuoli più di un semplice manuale popolare. Il lettore attento troverà più di una idea originale, più di una dimostrazione di qualche questione particolare data da un nuovo punto di vista, e, dopo aver finito di leggere i due volumetti, constaterà di non aver trovato una semplice ripetizione di quello che ha già letto o sentito altrove.

Già la sola divisione del materiale in periodi, la quale è diversa da quella generalmente accettata, richiama la nostra attenzione. Il primo periodo, indicato come il tempo del diritto popolare ('Die Zeit des Volksrechtes'), è contenuta nei primi due volumetti finora pub-

blicati. Esso abbraccia lo spazio di tempo dalla fondazione di Roma fin circa la metà del IV secolo a. Cr., cioè fino alla creazione della pretura. Sono i tempi del ius Quiritium, del diritto che significhiamo col nome di ius civile senza il contrasto del ius gentium, i tempi del diritto del popolo ('Volksrecht') senza il diritto creato dal ius honorarium. Un secondo periodo vede il v. Mayr nel tempo che va fino al principio del III secolo d. Cr, e lo caratterizza come l'epoca dello sviluppo del diritto romano e della giurisprudenza romana: l'epoca in cui il ius honorarium e il ius gentium si mettono accanto al vecchio ius civile. Per il terzo periodo (III secolo d. Cr.) il v. Mayr rileva come indizio caratteristico la prevalenza dei diritti provinciali sopra il diritto di Roma, la disnazionalizzazione del diritto romano, i 'Volksrechte' (nel senso stabilito dal Mitteis) divengono preponderanti sul 'Reichsrecht'. L'ultimo periodo, terminante colla codificazione di Giustiniano, comprende i tempi di decadenza, di vittoria dello spirito greco-orientale sopra quello romano, di orientalizzazione del diritto romano.

Da questa divisione in periodi possiamo già arguire su quali basi l'opera del v. Mayr sarà costruita: da una parte una rigorosa considerazione del puro diritto classico, dall'altra un accurato riguardo ai diritti provinciali, specislmente al diritto greco-egizio. Ciò dimostra che l'Autore intende tutto il valore dei problemi e delle tendenze delle nuovissime ricerche, tenendo conto nella sua dimostrazione da una parte dei risultati delle ultime indagini interpolazionistiche, dall'altra dei papiri greco-egizi. Che l'Autore conosca bene anche questo ultimo campo della storia del diritto, si poteva già arguire dagli articoli che scisse nella 'Wiener Abendpost' dell'a. 1903 ('Papyrusforschung und römische Rechtsgeschichte'), quando la papirologia storico-giuridica muoveva i primi passi. Se l'Autore riuscirà nel suo scopo, apparirà dalla continuazione del lavoro: la prima parte, che qui annunziamo, suscita le migliori speranze. Così più tardi, dopo aver letto la descrizione del secondo e terzo periodo, si potrà giudicare, se la divisione in epoche accolta dell'Autore, in riguardo alla materia completamente fondata, è anche praticamente eseguibile. Per ora possiamo solamente constatare la grave sproporzione fra il secondo periodo comprendente più che sei secoli, ed il terzo che comprende appena un secolo. Oltre a ciò anche il limite fra questi due periodi non è sufficientemente fissato, giacchè l'Autore una volta (I, p. 15) riguarda la codificazione

dell'Editto sotto Adriano come un evento inaugurante una nuova epoca, indubbiamente non senza ragione; un'altra volta nota (I, p. 16) 'che il secondo periodo arriva alla metà del II secolo, ovvero anche al principio del III'. Con ciò tutta la giurisprudenza classica, in ispecie i tempi dei suoi corifei, cadono nel secondo periodo. S'intende da sè che questa differenza non può essere senza influenza sulla continuazione dell'opera. Il seguito del lavoro mostrerà per qual limite l'Autore si è deciso.

Dopo queste poche note d'indole generale dobbiamo ancora dire qualche parola sul contenuto delle parti finora pubblicate. Esse espongono in due sezioni il diritto pubblico ed il diritto privato del primo periodo: 'Die Zeit des Volksrechtes'. La prima si suddivide in sei capitoli, nei quali l'Autore considera: 1) le fonti, 2) il popolo, 3) la cultura ed i rapporti economici, 4) il governo, 5) la formazione ed i limiti del diritto, e 6) la tutela dei diritti.

Un breve sunto della storiografia romana, dalla quale tragghiamo notizie intorno al più antico diritto romano, merita speciale approvazione. Troviamo ivi appunti che di regola mancano nei manuali. Ugualmente dobbiamo notare con lode il capitolo dove si tratta dei patrizi e plebei. Lo sviluppo della complicata materia, assai lontano da una popolare dimostrazione, contiene una tacita opposizione contro l'ultima opera sull'argomento (Binder, *Plebs*, 1909), la quale, anche da altre parti, non ha trovato assenso. È impossibile di passar sotto silenzio la breve ma precisa ed accurata caratteristica delle condizioni economiche di quel periodo, la migliore base per conoscere e comprendere il più antico diritto. Sul capitolo relativo alla procedura civile (I, 104-146) si può semplicemente dire, che è scritto maestrevolmente. Nessuna cosa è omessa. Delle questioni, sulle quali si dibattono vivaci polemiche (Girard-Wlassak), l'Autore si occupa, non raramente, con argomenti nuovi; alcune idee originali nella materia delle legis actiones meritano speciale riguardo. In ogni punto particolare il v. Mayr tiene conto dei risultati della nuovissima letteratura; basti notare, per esempio, il capitolo sulle exceptiones nella procedura per legis actiones, dove l'Autore accetta (forse troppo presto) l'opinione nel lavoro del Wlassak *Der Ursprung der römischen Einrede* (estratto dalla *Zeitschrift für Notariat*, Wien, 1910; ma cfr. Beseler, *Berl. philologische Wochenschrift*, 1911, 1103; Rabel, *Ztschr. d. Sav.-Stift.*,

1911, 413 sgg; Petot, *Nouv. Rev. hist. de droit*, 1911, 569 segg.). In quanto alla valutazione delle nuove ricerche romanistiche ed alla esposizione dei nuovi risultati l'opera del v. Mayr deve esser presa a modello di esattezza e scrupolosità scientifica, il che non si può dire di parecchie nuove edizioni dei manuali del diritto romano, gli autori dei quali persistono spesso nelle opinioni espresse nelle edizioni anteriori, senza tener conto delle nuove indagini e dei loro risultati.

Il secondo volumetto è dedicato alla storia del diritto privato nella prima epoca e considera in quattro capitoli: 1) la famiglia, 2) la proprietà, 3) l'obbligazione e la responsabilità, e 4) la successione. Anche la storia del diritto privato presenta le stesse eccellenti qualità della prima parte: l'Autore ha saputo raccogliere in stretti confini tutto ciò che dell'antico diritto privato è degno di menzione. È noto, che in riguardo ai tempi che per il v. Mayr costituiscono il primo periodo, le fonti sono assai scarse, per la maggior parte incerte e - come oggi dalla critica fu dimostrato - sovente contrarie alla verità. Perciò in questioni principali (particolarmente rispetto agli inizî di quelle istituzioni che poi nel diritto classico diventano di grande importanza) siamo costretti a limitarci ad ipotesi più o meno verosimili. Abbiamo il dovere di segnalare, che l'Autore tiene cescienziosamente conto di ogni più importante problema del diritto romano. Egli riproduce lo stato della scienza, nè si contenta di una mera esposizione, ma aggiunge osservazioni critiche. Una speciale menzione merita il costante riguardo alla etimologia.

Se, dopo aver letto i due libricciuoli del v. Mayr, gettiamo uno sguardo sugl' indici collocati nelle ultime pagine dei volumetti, troviamo un bel prospetto di tutto ciò che si trova nella prima parte di questo conciso manuale. È davvero difficile trovare una questione che non sia stata menzionata.

Il lavoro del v. Mayr, presentato in veste popolare ma avente un profondo contenuto scientifico, è caldamente raccomandabile a tutti: esso contiene assai più che i soli principî fondamentali, e tutta la vasta materia è elaborata con raro vigore di sintesi.

Lwów (Lemberg), Austria.

ADOLFO BERGER.

R. **Taubenschlag,** *Vormundschaftsrechtliche Studien.* Beiträge zur Geschichte des römischen und Vormundschaftsrechts. — Leipzig-Berlin, Teubner, 1913, p. 88, M. 3.

Opera breve di mole, ma ricca di sostanza; della quale è opportuno dare diligente ragguaglio.

La prima parte delle quattro dissertazioni (pp. 1-26) è dedicata all' editto *de administratione tutorum.* — L'A. considera anzitutto il quesito se l'editto contenesse o no una clausola sull'obbligo dei tutori di dare cauzione. Tale quesito egli risolve affermativamente, in base a Gai. 1. 199 e ad un frammento del Digesto - 26. 12. 19 § 1 - fino ad ora non tenuto in conto; estendendosi poscia a dimostrare come siffatta clausola originariamente si riferiva ai tutori *ex lege Atilia* ed in un successivo sviluppo fu applicata anche ai tutori legittimi (Gai. cit. e Ulp. *35 ad ed*); e chiude la ricerca, ponendo in rilievo che la norma del diritto classico, a prescindere dai tutori atiliani, si è mantenuta immutata nel diritto giustinianeo. — Esaurita la prima clausola, l'A, si occupa della seconda clausola di garanzia, che si riferiva ai tutori testamentari (Dig. 26. 2. 17 pr.). Anche qui viene restituita la parte relativa del commento all'editto di Ulpiano; mentre di esso un brano (Dig. fr. cit.) è in buona parte opera dei compilatori ed un altro brano (Dig. 26, 4. 5 § 34) fu dai medesimi tolto al suo originario contesto e trasportato in ben diverso titolo. Ulpiano nel commentare la suddetta seconda clausola procedeva come per la prima; dopo averne riprodotto il contenuto, ne rilevava l'originaria pertinenza ai tutori testamentari, l'estensione per via di interpretazione ai tutori *ex inquisitione* e infine toccava la questione dell'applicazione della medesima ai tutori legittimi e ai patroni. — L'A. passa a considerare successivamente la terza clausola dell'editto, quella « de maiore parte ». Anche qui vien restituito il commentario ulpianeo.

La seconda dissertazione (pp. 27-46) apporta un contributo alla dottrina del *tutor suspectus.* Anche qui il fondamento della trattazione è costituito da Ulp. *35 ad ed.*; l'A. con minuta esegesi perviene al risultato che Ulpiano considerava *suspecti accusatio* e *suspecti remotio* come due istituti giuridici indipendenti, collegandosi pel primo alla nota disposizione delle XII tavole, pel secondo ad altra disposizione positiva (Dig. 26. 10. 1 § 1). Diffusamente si discorre della *cognitio suspecti*; in particolare dando rilievo ad uno scolio di

Stefano (ad Dig. 3. 3. 39 § 7) finora non tenuto in conto, il quale mostra che il procedimento aveva termine con una *pronuntiatio* avente il contenuto *suspectum videri*. Diffusamente tratta il Taubenschlag anche della *remotio*; giungendo al risultato che essa aveva luogo da principio soltanto in confronto del tutore dichiarato *suspectus* nel procedimento accusatorio a cagione della sua *dolosa gestio*, e successivamente venne ammessa con maggior larghezza, financo da ultimo in certi casi di gestione dolosa senza *accusatio*; particolarmente dilucida l' A. il decreto di rimozione e le sue conseguenze. Come si comporta il diritto giustinianeo rispetto ai suddetti due mezzi giuridici? L' indirizzo dei compilatori è opposto a quello del giure classico; mentre codesto inclinava ad estendere la deposizione d' ufficio in confronto dell' *accusatio*, al contrario miravano i compilatori; con che si spiegano le interpolazioni in Cod. 5. 43. 2 e Cod. 5. 4. 3 § 3, come pure in Dig. 26. 10. 3 § 4. Dà termine il Taubenschlag alla sua monografia studiando il rapporto del procedimento di accusa e di remozione col pubblico procedimento penale; mostrando che una serie di casi in cui il *tutor suspectus* viene sottoposto al *praefectus urbi* derivano soltanto dai compilatori (cfr. p. es. Dig. 26. 10. 3 §§ 15 e 16).

La terza monografia (pp. 69-86) tratta del *curator impuberis* nel diritto classico e nel diritto giustinianeo. È una figura semplice e chiara nelle fonti: *curator tutori adiunctus, curator in locum tutoris datus*, curatore dato indifferentemente invece di un tutore. Uno solo eccettuato (Dig. 26. 10. 9), tutti i casi dell'*adiunctio curatoris* sono classici; dei casi della *datio in locum tutoris* tre soltanto (*datio curatoris* in causa di *absentia reipublicae causa*, pazzia e relegazione) sono certamente classici, mentre gli altri probabilmente derivano da Giustiniano; il curatore dato indifferentemente invece del tutore, a quest' ultimo equiparato, deve ritenersi una creazione giustinianea. Un riassunto dei risultati, ottenuti con laboriosa esegesi, e la determinazione del particolare rapporto storico dei singoli casi completano la memoria.

La quarta ed ultima dissertazione (pp. 69-86) ha per oggetto la tutela legale sulle donne nel diritto dell' Impero e nel diritto provinciale dopo la *Constitutio Antonina*. Il principio fondamentale della tutela legale sulle donne va ricercato nell' antico diritto greco; ma anche nel diritto ellenico troviamo la tutela del sesso. Seriamente

vien studiato dall'A. l'istituto nel diritto romano fino alla *lex Claudia* e quindi nel contrapposto che a partire dalla medesima si manifesta fra il diritto dell'Impero e il diritto locale. In quest'ultimo la tutela legale delle donne è sussistita anche dopo la *Constitutio Antonina*, e interessante diventa il considerare la posizione che in confronto a ciò dovette prendere il diritto imperiale. Costantino eleva il diritto locale a diritto dell'Impero, introducendo la tutela del marito e degli agnati. La legislazione di Costantino subì poi mutamenti, i quali costituiscono l'ultima indagine dell'Autore.

Un quadro delle fonti, come oggi opportunamente sempre più si usa, è aggiunto al lavoro

Del quale lavoro il riassunto da noi dato basta a mostrare l'importanza. Acutezza di ricerca, buon metodo, substrato di larga cultura, originalità non forzata, appaiono sempre attraverso il medesimo. In specie lodiamo il Taubenschlag per avere applicato i nuovi o rinnovati indirizzi di critica (interpolazioni a papiri) ad una materia per la quale, come notava giustamente il Rotondi in un buon lavoro sulla *stipulatio rem pupilli salvam fore* (Pavia, 1912), può lamentarsi il difetto di una simile elaborazione, che scopre felicemente nuove terre e chiarisce dubbi e oscurità. Nè d'altronde Taubenschlag ha, in massima, ceduto alla *passione* della ricerca interpolazionistica, che oggi prevale e senza dubbio trasmoda; onde potrebbe più di una volta applicarsi auche al campo nostro la frase acconciamente pronunciata per altro campo di studî: « essere l'interpolazione come un fitto velo attraverso il quale si vede tutto ciò che si vuole ». Non tutte le idee dell'A. saranno accolte dalla critica, che volta a volta troverà la prova o la verosimiglianza raggiunta oppure incerta o deficiente; ma e nell'assenso e nel dissenso egli vedrà senza dubbio attribuita al lavoro suo la meritata considerazione.

C. Bertolini.

Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht* - Weimar, Hermann Böhlaus Nachfolger, 1912. Pp. X-248.

L'A. già assai noto nel campo degli studi romanistici, in questa interessantissima monografia si propone di tracciare la storia delle

due azioni divisorie romane, familiae erciscundae e communi dividundo, da due punti di vista: della legittimazione processuale e del contenuto che queste azioni vennero ad assumere nel corso dell'evoluzione del diritto romano.

L'applicazione dell'actio fam. erc. e communi dividundo non restò nel diritto romano limitata rispettivamente all'hereditas ed al condominio: l'actio fam. erc. fu estesa ai bonorum possessores ed a coloro quibus addicta fuerunt bona libertatum servandarum causa e servì inoltre a dividere le quote fra l'erede ed il fedecommissario o l'arrogato per la quarta divi Pii; come del pari, l'actio comm. div. fu estesa ai seguenti rapporti: possessio dell'ager vectigalis, superficies, usufrutto, uso, servitù prediali, fiducia, pegno, possesso.

L'A. accetta per classica tutta questa estensione delle azioni divisorie, salvo qualche dubbio per la superficies (pag. 36), e come risultato delle sue ricerche conclude che tutta la dottrina della legittimazione processuale nelle azioni divisorie si sia svolta sulla base dei principî di equità anzichè di costruzioni teoriche: « hier mehr von der Aequitätsprinzip leiten liessen, als von theoretischen Konstruktionen und streng iuristischen Gesichtspunkten, wie ja überhaupt die ganze Lehre des klassischen römischen Rechts von den Teilungsklagen von der Aequität beherrscht wird » (pag. 91). Su queste idee dell'A. e sulla dottrina classica della legittimazione processuale nelle azioni divisorie rimando ad un mio scritto speciale sull'argomento (*La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, inserito negli *Annali dell'Università di Perugia*, 1913, fasc. III).

La seconda parte del libro del B. riflette il contenuto delle azioni divisorie. Oltre che la semplice divisione delle cose ereditarie o comuni, queste azioni vennero a conglobare il regolamento dei rapporti obbligatori sorti fra comunisti in occasione della communio; è il campo delle cosidette praestationes personales: risarcimento dei danni che nu socio abbia causato alla res communis, apporto di tutti i lucri ricavati in occasione della communio, rifacimento pro parte delle erogazioni fatte a profitto della cosa comune. L'A. fa a questo proposito una accuratissima analisi dei vari casi di praestationes raggruppandoli, sulla traccia del fr. 3 pr. D. 10, 3, nelle tre categorie: damna, fructus, impensae (pagg. 111-198).

Della questione delle praestationes si è occupato da ultimo a

proposito del libro del Berger, l'Arangio Ruiz (*Appunti sui giudizi divisori*, estr. dalla *Riv. it. per le scienze giur.*, vol. LII, pag. 14 segg.). L'Arangio dubita che sia bizantina la categoria dommatica delle praestationes; l'innovazione sarebbe solo teorica: mentre i classici concepivano le azioni divisorie come organismi unitari regolati dal principio fondamentale della miglior divisione delle cose comuni, i bizantini vedono in esse due funzioni perfettamente distinte: la divisione e le praestationes.

Non esito ad approvare questa tesi dell'Arangio perchè sono anch'io convinto di quella mancanza di una clausola speciale de praestationibus di cui l'Arangio promette di dare in altro scritto dimostrazione piena ed intera (pag. 17). Per l'editto pregiulianeo la cosa mi sembra sicura: parecchie decisioni di antichi giuristi dimostrano l'assoluta inesistenza di una clausola per le praestationes. Così per i frutti nel fr. 6 §§ 4-5 D. 10, 3 si hanno queste interessantissime decisioni di Sabino ed Atilicino: « sed et partum venire Sabinus et Atilicinus responderunt. Sed et accessionem et decessionem hoc iudicium accipere idem existimaverunt »; e per i danni Alfeno dava questo responso: « respondi si quid culpa illius magis quam casu res communis damni cepisset, per arbitrum communi dividundo posse reciperari » (fr. 26 D. 10, 3) ed analogamente Ofilio nel fr. 16, 6 D. 10, 2; per le impensae: « Labeo recte existimat impensas et fructus a defuncto perceptos venire » (fr. 4, 3 D. 10, 3). Orbene per qual ragione nella codificazione giulianea si sarebbe sentita la necessità di aggiungere all'antica formula una clausola speciale per le praestationes, quando già la giurisprudenza anteriore per via di semplice interpretazione era pervenuta al medesimo risultato? E Diocleziano, quasi a guisa di eco del lavorio giurisprudenziale in proposito, rescrive che « non est ambigendum... portionem hereditatis... incremento fructuum augeri » (c. 9 C. 3, 36) e « sumptus... servari possint, non est ambigendum » (c. 18, 1 C. eod); come sarebbero stati possibili simili dubbi di fronte ad una clausola speciale della formula? Nè tutto questo svolgimento nel contenuto principale delle azioni divisorie dovrà apparire strano a chi è persuaso, come lo è il Lenel, *Edictum*, pagg. 202, 205, del carattere bonae fidei di entrambi i giudizi divisori (in questo senso ma solo per l'actio comm. div. vedi ora Arangio, *Le formule con demonstratio*, 1912, pag. 59). La tesi del Lenel condivisa dal Berger

(pag. 106 segg.), ammettente l'esistenza di una clausola per le prestazioni, si fonda sul fr. 3 pr. D. 10, 3 (Ulp. XXX ad Sab.): « In communi dividundo iudicio nihil pervenit (venit *scr.* Scialoja, ad h. l.) ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi ». Questo testo che costituisce la pietra angolare della ricostruzione leneliana, come rileva l'Arangio (*Appunti* cit., pag. 18), non può passare senza osservazioni: la frase « nihil ultra venit.. » è del tutto incompatibile col seguito « et si quid... »), e gl'indicativi *est, abest, pervenit* stridono col precedente *sint.* Ma per ragioni evidenti non mi pare poi da accettare la ricostruzione proposta dall'Arangio, il quale dichiara interpolato il primo membro del testo « nihil » « ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint, et ». Nel passo in esame due parti sono nettamente distinte di cui la prima finisce con *sint.* Ora io ritengo assai probabile che questa prima parte appartenga a qualche antico giurista a cui era ancora ignota la dottrina delle praestationes nelle azioni divisorie, la seconda ad Ulpiano: i due tratti furono cuciti insieme malamente dai compilatori.

In tema di praestationes interessantissima è la questione della possibile indipendenza delle prestazioni dalla divisione; in altri termini si tratta della possibilità dell' esercizio dell' azione divisoria unicamente per le prestazioni e senza la divisione: e ciò avviene nel caso di perimento della res od alienazione della quota, oppure quando i comunisti intendono regolare i reciproci rapporti obbligatori restando ancora in comunione. Della questione si occupa ampiamente il B. (pagg. 198-241). Egli, pur rilevando che l'esercizio dell'azione divisoria venuta meno la communio è « etwas ausgewöhnliches » e che costituisce un elemento estraneo nel carattere e la struttura dell'azione (pag. 199), non dubita affatto della classicità dell' azione nei due casi di perimento od alienazione della quota. Ma se per l'ipotesi del perimento nessun dubbio credo possa elevarsi sui fr.[i] 9, 11 D. 10, 2; 25 D. eod. e 31 D. 10, 3, non può dirsi altrettanto per la vendita. Contro la concessione dell' azione in tal caso mi sembra decisivo il riflesso che se un comunista aliena la sua quota iudicii mutandi causa, risponde « praetoria actione » (fr. 24, 1 D. 10, 3); mentre evidentemente del tutto fuori luogo sarebbero stati i rimedi pretorî relativi all' alienatio iu-

dicii mutandi causa facta, se l'actio comm. div. si fosse potuta svolgere nonostante l'alienazione. Tanto più che in tal caso il diritto classico a regolare i rapporti obbligatori accordava una speciale actio in in factum di cui dà notizia Paolo nel fr. 10 D. 9, 4; e di quest'actio in factum deve probabilmente trattarsi nel fr. 6, 1 D. 10, 3. Va messo invece fuori la presente questione il fr. 17 pr. D. 17, 2: « Sed et socius qui alienaverit contra pactionem accipit committit et tenetur societatis aut communi dividundo iudicio ». Il B. (pag. 205) ritiene che qui la responsabilità del socius rifletta le praestationes. Ma è lecito domandare perchè mai il giurista metta in rilievo che l'alienazione è avvenuta contra pactionem: è certo che la responsabilità del socius per le praestationes è indipendente dall'esistenza o meno del patto ne dividatur. L'interpretazione del testo, per quanto corrotto, è più agevole: il socius che si è obbligato ne societas dividatur non ha neanche facoltà di alienare la sua quota (fr. 14, 3 D. 10, 3, fr. 16 pr. D. 17, 2) e per conseguenza se aliena risponde del risarcimento del danno: questa obbligazione evidentemente non ha nulla a che fare colla divisione ma discende direttamente dal patto ne dividatur.

Il principio dunque attestatoci da Paolo (fr. 1 D. 10, 3) e da Diocleziano (c. 9 C. 3,38) che cioè « familiae erciscundae vel communi dividundo iudicium ita demum si corpora maneant communia agi potest » non veniva menomamente distrutto od intaccato. I giuristi non prescindevano mai dal presupposto della communio; basterà ricordare la motivazione papinianea del fr. 31 D. 10, 2 « sufficit enim communionis causa quae praecessit quaeque hodie duraret si res non intercidisset »; come pure lo stesso Papiniano (fr. 22, 5 D. 10, 2) non trova ostacolo a che vengano in giudizio le praestationes in rapporto alla res che è apud hostes, motivando appunto che anche la res propter spem postliminii è soggetta all'azione divisoria « quid enim impedimentum est rei praestationem venire, cum et ipsa veniat? » [il testo è certo guasto ma è impossibile la ricostruzione proposta dall'Arangio, *op. cit.* pag. 16: « ... non putat... eam (sc. rem) venire: et est videndum (!!) an et ipsa (!!) veniat... »].

Riguardo all' esercizio dell'azione divisoria unicamente per le prestazioni manente communione, il B., come già il Pernice, coglie bene il segno nel rinnegare per il diritto classico quest'applicazione abnorme dell'azione divisoria; e rilevata l'interpolazione dei fr.[i] 26 D. 8,

2, 28 D. 10, 3 e 3 §§ 1-2 D. 39, 1 (pagg. 231-235), conclude che questa applicazione dell'azione è completamente tutta creazione di Giustiniano (pag. 241). Non si comprende però come l'A. che ha questa ferma convinzione possa poi mettere da parte parecchi testi in cui l'esercizio dell'azione divisoria manente communione è riconosciuto o presupposto, ammettendo che ivi si tratti di erronee ed improprie espressioni dei classici (pag. 221 seg.). Questa soluzione difficilmente può soddisfare, specie di fronte a qualche testo, come il fr. 44, 8 D. 10, 2 in cui Giuliano decide: « Si duo coheredes damnati sint statuam ponere et altero cessante alter eam fecerit, non esse iniquum Iulianus ait familiae erciscundae iudicium dare, ut pars impendiorum boni viri arbitratu praestetur ». Se non si vuol dare un contenuto speciale all'azione, limitata cioè alle praestationes, si fa dire a Giuliano che fra coeredi non è iniquo accordare l'actio fam. erciscundae! Ed il *dare* adoperato per un'azione civile come l'actio fam. erc. dovrebbe mettere in guardia dall'attribuire al giurista simile assurdità.

L'ipotesi inversa cioè di divisione, senza il regolamento dei rapporti obbligatorii fra comunisti, su cui insiste l'Audibert (*Nouv Revue hist.*, vol. XXVII, pagg. 293, 305) a sostegno della sua nota tesi, non ha riscontro nei testi: il fr. 39 pr. D. 10, 2, come rilevò l'Appleton (*Melanges Fitting*, vol. I, pag 17 segg.) al quale aderisce ora il B. (pag. 187), si riferisce alla hereditatis petitio anzichè all'azione divisoria.

Questa nuova opera del Berger, di cui ho cercato di dare qualche rapidissimo cenno, s'impone agli studiosi per l'indagine completa ed esauriente sulle singole questioni trattate, per la vasta conoscenza della letteratura e per l'eccellente metodo impiegato. Forse nuovi studi potranno arrivare a risultati più radicali di quelli ora ottenuti dal B.; forse una più profonda revisione critica delle fonti potrà arrivare a rendere più logica ed armonica la dottrina dei classici sceverandola dalle sovrapposizioni giustinianee. Ma in ogni caso va certamente data lode al B. per aver saputo arricchire la letteratura romanistica di un forte contributo per la conoscenza della complessa e difficile materia delle azioni divisorie.

BIONDO BIONDI.

BIBLIOGRAFIA

DELL'ANTICO DIRITTO GRECO E ROMANO

VI.

I. — Libri.

Abbott F. F. Society and Politics in Ancient Rome — London Routledge '12, p. xii-290, s. 6 (*cfr. qui* a. XXII pag. 267).

Affolter F. Die Persönlichkeit des herrenlosen Sklaven — Leipzig Veit '13, p. viii-224, M. 8.

Aegyptische Urkunden aus den königl. Museen zu Berlin hrsg. von der Generalverwaltung. Griechische Urkunden, IV Bd. 12 (Schluss-) Heft — Berlin Weidmann '12, p. iii-41 e 2 tav., 4°, M. 2.40.

Albertario E. Dell' *actio subsidiaria* concessa al minore contro i magistrati — Pavia Mattei '12, p. 11.

Id. Il possesso del superficiario — id., p. 42 (*cfr. qui* pag. 316).

Id. Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori — id., p. 65 (c. s.).

Albertini E. Les étrangers résidant en Espagne à l'époque rom. — in Mélanges Cagnat p. 297-318.

Alivisatos H. S. Die kirchl. Gesetzgeb. des Kaisers Justinian I — Berlin Tröwitzsch '13, p. viii-134, M. 5 60.

Allard P. Les origines du servage en France — Paris Lecoffre '13, p. 332 in-16, fr. 3.50.

Andrich G. *Prezzo* in Il Digesto Italiano disp. 748, 17ª del vol. XIX parte I, pagg. 1068-83 — Torino Unione tip.-editr. '12, L. 2 la disp.

Andrzejowski B. Repetitiorum prawa rzymskiego [... di d r.] — Tarnopol '11 ('12) p. 109, K. 3.

Annuario dell' Università di Bologna *vedi* Brini G.

APELT O. Platonische Aufsätze (Platons Straftheorie, Die Aufgabe des Staatsmannes) — Leipzig Teubner '12, p. VI-296, M. 8.

APPLETON CH. Quaestio Domitiana, responsum Celsinum — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 1-26.

ARIN F. Le régime légal des mines dans l'Afrique du Nord — Paris Challamel '13, p. 198.

ARISTOTELES La politica, trad. in russo da S. A. SCHEBELOW — St. Petersburg '11, p. XII-465.

ID. A Treatise on Government, transl. by W. ELLIS — London Dent '12, p. VIII- 254 in-12°, s. 1.

AUDIBERT A. Formule sans intentio (Action d'injures) — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 35-65.

BAECKER W. Das Nutzungsrecht des Vaters am Vermögen des Kindes in gesch. Entw. u. heut. Geltung nach d. BGB. (Diss. Heidelberg) — '12, p. 97.

BARON L. Sur un fragment d'Ulpien rapporté par Pacatus (Thèse Paris) —ib. Rousseau '11, p. 100.

BATTISTA M. *Divorzio*, Cenni storici — in ENCICLOPEDIA GIURID. ITAL. fasc. 578, vol. IV parte VI, pag. 39 e segg. — Milano Società editr. libr., s. a. [13].

BAUMGARTEN F., POLAND F., WAGNER R. Die hellenische Kultur[3] — Leipzig Teubner '13, p. XII- 576 (Abbild., Tafeln etc.), M. 10.

BAVIERA G. Giambattista Vico e la storia del dir. rom. (Prolusione) — Palermo Gaipa '12, p. 32.

BECKER E. Die Verjährung der Einreden nach gem. R. unter Berücks. des bürg. R. (Diss. Königsberg) — ib. Hartung '12, p. XII-134.

BEKKER E. I. *vedi qui più avanti* pag. 315 — Heidelberg Winter '12, p. 39, M. 1.40.

BELOCH J. Griech. Gesch.[2]: I Bd. Die Zeit vor den Perserkriegen, 2 Abt. — Strassburg Trübner '13, p. X-409 (Carta), M. 8.

BENEDETTINI E. Della evizione — Torino Bocca '12, p. 203, L. 4.

BERGMAN C. G. Adoptionsrecht — *vedi qui più avanti* pag. 307, Lund Gleerup (Leipzig Harrasowitz) '12, p. 157, K. 3 (M. 3.60).

BERNHÖFT Das altröm. Familienrecht vom Standpunkte der vergleich. RW.: *Verh. Int. Ver. f. vgl. RW. u. Volksw.* '12, p. 143-155.

BEROLZHEIMER F. The World's Legal Philosophies. Transl. from

the German by R. S. JASTROW with an Introd. by J. MACDONNELL and by A. KOCUREK — Boston Book Company '12, p. LIV-490.

BERTOLINI C. Appunti didatt. di d. r. Serie seconda: Il processo civile I — Torino Unione tip.-editr. '13, p. 353, L. 7.

ID. *vedi qui* pag. 300 — Roma Istit. di d. r. '12, p. IV-306, L 4.

BESNIER M. Récents travaux sur les res gestae divi Augusti — in MÉLANGES CAGNAT, p. 119-151.

BETTI E. Sul significato di *contrahere* in Gaio — Sanseverino-Marche Bellabarba '12, p. 51.

ID. Sulla opposiz. dell'exceptio all'actio e sulla concorrenza fra loro — Parma Zerbini e Fresching '13, p. 65.

BIBLIOGRAFIA DELL'ANT. D. GRECO E ROM. *vedi qui* pag. 300.

BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA diretta da V. PARETO. Fasc. 105, vol. III: MARQUARDT J. Monete, misure e commercio del denaro pp. 529-551 (fine); REINACH TH. Del valore proporzionale dell'oro e dell'argento nell'antichità, pp. 553-576 (cont.). Fasc. 106, vol. V: HUMBERT G. Saggio sulle finanze e sulla contabil. pubbl. presso i Rom., pp. 193-240 (cont.) — Milano Società editr. libr. '12, L. 1 il fasc.

BIBLIOTHECA SCRIPTORUM CLASSICORUM *vedi qui più avanti*, pagina 305.

BLASII (DOM.) DE MORCONE De differentiis inter jus Longobard. et jus Rom., cura expensis et studio prof G. ABIGNENTE — Napoli '12, p. LXX-411 e 7 tav., in-fol., L. 50.

BLOCH J. Die Prostitution, I Bd. — Berlin Marcus '12, p. XXXVI-870, M. 10.

BLOCH L. Röm. Altertumskunde[3] (Rist. '06) — Leipzig Göschen '11, p. 174 in-16 (8 incis.), M. 0.90.

BLÜMICH W. Wahlschuld u. facultas alternativa (Diss. Breslau) — ib. Schles. Dr.-Genoss. '12, p. 108.

BÖGLI H. Beiträge zur Lehre vom ius gentium der Römer. Mit einem Nachtrag zu des Verf. Abhandlung üb. Ciceros Rede f. A. Caecina ('06) — Bern Francke '13, p. 79, M. 1.60.

BÖLTE A. Das Wesen des Prälegats u. die Berechnung der Anteile mehrerer Prälegatare (Diss. Rostock) — ib. Adler '11, p. 84.

BONFANTE P. La vera data di un testo di Calpurnio Siculo e il concetto romano del tesoro — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I pp. 123-142.

ID. Corso di d. r., Ateneo Pavese '11-12. Le Obbligazioni; a cura di P. G. GIANI e E. MARAZZI — Pavia Marelli '12, p. 277.

BONHÖFFER A. *vedi* WINDELBAND W.

BORNECQUE H. et MORNET D. Rome et les Romains: Littérature, Hist., Antiq. publ. et privées — Paris Delagrave '12, p. 240 in-18 (90 fig. et cartes), fr. 3.

BOUCAUD CH. *vedi* pag. 316 — Lyon-Paris Witte '12, p. 33.

BOUCHÉ-LECLERCQ A. *vedi* a. XXII pag. 270; 2 ed. (Rist.). '13.

BRECCIA E. *vedi* CATALOGUE.

BRINI G. Relazione sul premio Ceneri dell'Università di Bologna; *Coli U.* Saggio di esegesi intorno ai fr. 3 § 7 D. 34. 4 e 10 [11] pr. D. 34. 5 — in ANNUARIO DELL' UNIV. DI BOLOGNA 1911-12, ivi Monti e Noe '12, p. CLXXVII-VIII. = Nello stesso Annuario pp. CLXV-VI Relaz. dolla Commiss. giudic. dei premí Vittorio Emanuele: *Patrono B.* Gli editti del pretore e il dir. pretorio.

BROCKS F. An Athenian Critic of Athenian Democracy. Being a transl. of the Respublica Atheniensium — London Nutt '12, p. 28, s. 1 1/2.

BRUGI B. Dell' azione sussidiaria in Teofilo, I, 24, 2 — in MÉLANGES P. F. GIRARD vol. I p. 143-154.

BRUNS C. G. Fontes iur. rom. Additamentum: Indicem ad partem I ... conficiendum curavit et cum simulacris ed. O. GRADENWITZ. Index p. x-183, Simulacra p. xi e xxxv — Tubingae Mohr '12, M. 12 e 6. (Tavole extra furono distribuite dall'A.).

BRY G. Nociones de Derecho Romano con numerosas citas y transcripciones de la legisl. colombiana. Vertidas al castellano por B. HERNÁNDEZ — Bogotá Impr. Eléctrica (Madrid Suarez) '12, p. 231, P. 6.

BUCKLAND W. W. Elementary Principles of the Roman Private Law — Cambridge University Press '12, p. vi-419, s. 10 1/2.

BUISSON A. Etude sur le cautionn. par sponsio en dr. r. (Thèse Lyon) — ib. Imprim. de la *Revue judic.* '11, p. 75.

BURCKHARDT G. E. Individuum u. Allgemeinheit in Platos Politeia — Halle Niemeyer '13, p. 67, M. 1.80.

BUSSMANN J. B. Die Böotische Verfassung (Diss. Münster '12) — p. 47.

CAGNAT R. L'armée romaine d'Afrique et l'occupation milit. de l'Afrique sous les empereurs romains — Paris Leroux '12, p. XXVIII-423.

ID. *vedi* MÉLANGES CAGNAT.

CARDINALI G. *vedi qui* pag. 299 — Roma Loescher '12, p. IV-212, L. 7 50.

CARUSO E. Capacità di succedere di alcune persone giurid. nel d. r. con riguardi al d. mod. (Tesi premiata Napoli) — ivi Pierro '13, p. XIX-200, L. 4.

CATALOGUE GÉNÉRAL DES ANTIQUITÉS ÉGYPTIENNES DU MUSÉE D'ALEXANDRIE: Vol. 57: Iscrizioni greche e latine per cura di E. BRECCIA. Nr. 1-568. — Le Caire '11, p. XXXI-275 e 61 tavole, 4°.

ID. DU MUSÉE DU CAIRE. Vol. 58 e 60: MASPERO J. Papyrus grecs d'époque byzantine Tome I fasc. 2 e Tome II fasc. 2 — id. '11 e '12 p. 125-283 e 10 tav., p. 85-168, 4°.

CAVAIGNAC E. Histoire de l'antiquité. II Athènes (480-330) — Paris Fontemoing '12, p. XV-512 avec plans et cartes, fr. 12.

CHAMPEAUX E. Le prétendu principe de simplicité des anciens actes juridiques romains et le gage — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 155-183.

CHAPOT V. Les Romains et Cypre — in MÉLANGES CAGNAT p. 59-83.

CHRISTIE J. J. The Advance of Woman from the Earliest Times to the Present — Philadelphia Lippincott '12, p. 333, D. 1.50.

CICCAGLIONE F. L'Italia bizantina — Roma Cooper. *Manuzio* '11, p. 23.

CICÉRON De la république. Trad. nouv. par V. POUPIN — Paris Camus '12.

CIMBALI E. Del possesso per acquistare i frutti[3] (Rist. 1897) — Torino Unione tip. ed. '12, p. VIII-346, L. 6.

COGLIOLO P. Scritti ecc.; *vedi* a. XXII pag. 273; 3 ed. vol. I (Ristampa) — Torino Unione tip.-ed. '12.

COHEN D. De magistratibus aegyptiis externas Lagidarum regni provincias administrantibus — S' Gravenhage Levisson '12, p. XII-115, M. 8.

COLI U. Saggio di esegesi intorno ai fr. 3 § 7 D. 34. 4 e 10 [11] pr. D. 34. 5 (Mem. premiata) — Bologna Gamberini e Parmeggiani 12, p. 56 (colla relaz. di G. BRINI).

COLLECTIO LIBRORUM IURIS ANTEIUST. ETC. I Gai institutiones 6 ed. a P. KRUEGER etc. — Berolini Weidmann '12, p. LXIX-214, M. 3.

COLLINET P. La tradition des servitudes dans le droit de Justinien — in MÈLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 185-198.

CORNIL G. *Debitum et obligatio*. Recherches sur la formation de la notion de l'oblig. rom. — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 199-263.

CORPUS INSCRIPTIONUM ETRUSCARUM ETC. Vol. II Sect. II fasc. 1 cur. G. HERBIG — Leipzig Barth '12, S. 1-116 mit Abbild. u. 1 Kartenskizze, M. 36.

CORPUS IURIS CIVILIS Vol. III Novellae, rec. R. SCHOELL etc. [4 ster] — Berolini Weidmann '12, p. XIX-813, M. 10.

CRAMER F. Deutschland in röm. Zeit — Berlin-Leipzig Göschen '12, p. 168 in-16 (23 incis.), M. 0.90.

CUQ E. Le sénatus-consulte etc., *vedi* pag. 308 — Paris Klincksieck '12, p. 25 in-4°, fr. 1.70.

ID. Un nouveau etc., *vedi* id. — id. '13, p. 63 in-4° fr. 2.60.

CZYHLARZ C. v. Lehrbuch der Instit. des r R. [11-12] (Rist.) — Wien Tempsky (Leipzig Freytag) '11, p. X-403, M. 10.

ID. A római jog institutiói — Budapest '13, p. 256.

D'ABGROWICZ E. Essai sur la preuve dans la rei vindic. — Paris Rousseau '12, p. 164.

DAREMBERG CH. *vedi* DICTIONN. DES ANTIQ.

DEBRAY L. Contribution à l'étude de la loi Plaetoria relative à la protection du mineur de vingt-cinq ans — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I pp. 265-314.

DECLAREUIL J. Paternité et filiation; contrib. à l'hist. de la famille légale à Rome — u. s., p. 315-352.

DE FRANCISCI P. Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva — Milano Cogliati '12, p. 88.

ID. *Dodici Tavole* in ENCICLOP. GIURID. ITAL. Fasc. 584, Vol. IV parte VI p. 168-186, 4° — Milano Società editr. libr. s. a. ['13], L. 2 il fasc.

DE MAURI L. Regulae iuris [3] (Ristampa, '05) — Torino Bocca '12, p. VIII-146 in-16, L. 2.50.

DE PACHTÈRE F. G. Les *campi macri* et le sénatus-consulte Hosidien — in MÉLANGES CAGNAT, p. 169-186.

De Ruggiero E. Dizion. epigraf. di antich. rom. Fasc. 113-118. Vol. II fasc. 58-63 (... Diocletianus-Domitianus...) p. 1825-1952 — Spoleto Tipogr. dell' Umbria (Roma Pasqualucci) '12 e '13, L. 1 50 il fasc.

Id. Il Foro Romano — Roma-Arpino Società tip. arpinate editr. (Roma Pasqualucci) '13, p. xvi-514 con fotoinc. e piante, L. 12.

De Ruggiero R. *Nemini res sua servit, Nemo censetur ignorare legem, Nemo ex proprio dolo commodum consequitur, Nemo idoneus testis in re sua, Nemo locupletari debet cum aliena iactura, Nemo sibi causam possessionis mutare potest, Nemo tenetur detegere propriam turpitudinem* — in Dizionario del dir. priv. fasc. 68, vol. IV p. 33-55, 4°, Milano Vallardi s. a. ['13], L. 1 il fasc.

Desserteaux F. La transformations d'une controverse (Rapports de l'accessio personae et de la capitis deminutio) — in Mélanges P. F. Girard, vol. I p. 353-388.

Dictionnaire des antiquités grecques et romaines... Ch. Daremberg, E. Saglio etc. Fasc. 47 (... *Textrinum-Tibia*...). Vol. V parte I p. 169-328, 4° — Paris Hachette '13, fr. 5.

Dikaiomata. Auszüge aus alexandrin. Gesetzen u. Verordnungen in e. Papyrus des philosoph. Seminars der Universität Halle (Pap. hal. 1). Mit e. Anhang weiterer Papyri derselben Sammlung. Hrsg. v. der Graeca halensis — Berlin Weidmann '13, x-252 S. m. 9 Lichtdr.-Taf., M. 20.

Di Marzo S. Corso di storia del d. r. (a puntate, 1-10) — Roma Athenaeum '12-13, p. 1-160 (cont.).

Id. Sopra alcuni casi di revoca dei fedecommessi — in Mélanges P. F. Girard, vol. II p. 145-149.

Dizionario epigraf. di ant. rom. *vedi* De Ruggiero E.

Donati *vedi* pag. 312 — Genova Formiggini '12, p. 56, L. 1.50.

Donig A. Corpus juris Exegese. Grundriss der Rechtsgesch. — Leipzig National-Verlag '12, p. 36 e 33, M. 2.80.

Döring W. Die Behandlung des Konflikts zwischen Rechtskraft u. Sittenwidrigkeit nach röm. u. gelt. deutschem R. (Diss. Greifswald) — '13, p. 74.

Drove W. Zur Lehre vom vertragsmässigen Rücktrittsrecht u. dem Aufhebungsvertrag (contrarius consensus) nach röm., gem. u. bürg. R. (Diss. Erlangen) — '13, p. xiv-185.

Drucker H. L. *vedi* Modderman W.

DUBOIS CH. Observations sur l'état et le nombre des populations german. dans la sec. moitié du IVe siècle d'après Ammien Marcellin — in MÉLANGES CAGNAT, p. 247-267.

DUQUESNE J. Donatio, delegatio, condictio — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 389-417.

EICHELBAUM C. Zur Konstruktion der L. 18 § 2 D. *de mortis causa donat.* 39, 6 (Diss. Strassburg) — Berlin Pilz '12, p. XVII-60.

EPHEMERIS EPIGRAPHICA, Corporis inscript. latin. Supplem. etc. vol. IX fasc. 4, pp. III e 509-763 — Berlin Reimer '13, M. 16.

ERMAN H. Pignus hypothecave — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 419-455

ESMEIN A. Decem faciunt populum — u. s., pp. 457-473.

FADDA C. Il possesso. Lezioni (Università di Napoli. Corso uffic. di d. r.) Fasc. 2-3 — Napoli Alvano '11, p. 49-112..., L. 10 compl.

FALCKE W. Gesch. Entwick. u. dogmat. Grundzüge des Sachenrechts der Begräbnisplätze etc. (Diss. Leipzig) — Borna-Leipzig Noske '11, p. VIII-78.

FEDERSPIEL H. *vedi* MOE V.

FEIGE W. Die condictio ob turpem causam nach § 817 BGB. (Diss. Leipzig) — Borna-Leipzig Noske '11, p. 48.

FESTI SEXTI POMPEI, de verb. signif. quae supersunt cum Pauli epist. Thewrewkianis copiis usus ed. W. M. LINDSAY — Lipsiae Teubner '13, p. XXVIII-574, M. 12.

FISCHBACH O. Treuhänder u. Treuhandgeschäfte, nebst Beiträgen zur Lehre vom Eigentum, von der Stellvertretung u. vom Auftrag — Mannheim u. Leipzig Bensheimer '12, p. VIII-323, M. 7

FISCHER O. Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen u. Rechtsgeschäften — München Beck '12, p. V-84, M. 4.

FOURNIER P. L'origine de la collection Anselmo dedicata — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 475-498.

FRESE B Ocerki greko-egipetskago prava I (Lineamenti del dr. greco-egizio) — Jaroslavl '12, p. VIII-230, R. 2.

FREUND H. Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag nach BGB. unter Berücks. des früheren Rechts (Diss. Breslau) — ib. Fleischmann '12, p. 55.

FRIEDELAENDER L. Roman Life and Manners under the Early

Empire (Sittengeschichte Roms). Vol. IV (Append. and Notes) Transl. by A. B. Gough — London Routledge '13, p. 726, s. 10.

Fröhlich W. Das ius variandi bei Alternativobligationen (Diss. Breslau) — Nimptsch Wolff '12, p. 38.

Früchtl A. Die Geldgeschäfte bei Cicero (Diss. Erlangen — '12, p. 156.

Fustel de Coulanges. Histoire des instit. polit. de l'anc. France. La Gaule rom. L'invasion german. et la fin de l'Empire. 3e éd. revue et compl. par C. Jullian, 2 volumi — Paris Hachette '08 e '11, p. xiv-332 e xii-572, fr. 7.50 il vol.

Gaede G. Die materiellrechtl. Wirkungen der Litiskontest. u. d. Ladung auf rei vindic. u. hered. pet. (Diss. Heidelberg) — Berlin Brückmann '11, p. vii-70.

Gai Instit. *vedi* Collectio.

Gangi C. Di un elegante questione di dir. intern. (Fedecommesso) — Perugia Unione tip. cooperat. '12, p. 59.

Gaudenzi A. La costit. di Onorio II sul giuram. di calunnia e la lombarda legge imper. di Enrico V — Roma Loescher '12, p. 20, L. 1.25.

Gavet G. De l'allegatio gestis — in Mélanges P. F. Girard, vol. I p. 499-503.

Gelzer M. Die Nobilität der röm. Republik — Leipzig Teubner '12, p. vi-120, M. 3.20.

Gibbon E. The History of the Decline and Fall of the Roman Empire. Ed. with introd. notes etc. by J. B. Bury. Vol. VI — London Methuen '12, p. 602, s. 10. 6.

Giorgi G. Teoria de las obligaciones... trad. de la 7 ed. ital. Vol. VI-IX (Indice) — Madrid Reuss '12 e '13, P. 10 il vol.

Id. La dottrina delle persone giuridiche ecc.[3], vol. I — Firenze Cammelli '13, p. 636, L. 10.

Girard P. F. Textes de droit rom. publiés et annotés[4] — Paris Rousseau '13, p. xxiv-920 in-16, fr. 8.

Id. *vedi* Mélanges P. F. Girard.

Giraudias É. Étude histor. sur les lois sumptuaires — Poitiers Société franç. d'imprim. '10, p. 167.

Goldschmidt L. Storia univ. del dir. commerc. Trad. di V. Pouchain e A. Scialoja — Torino Unione tip.-editr. '13, p. 360, L. 9.

GOMPERZ TH. The Greek Thinkers. Vol. IV. Trad. dal ted. da G. C. BERRY — London Murray '12, p. 587, s. 14.

GRADENWITZ O. *vedi* BRUNS.

ID. Zu den Zwölf Tafeln — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 505-522.

GRAUPE W. Beitrag zur Gesch. der Eviktion im röm. R., besonders das Recht der auctoritas (Diss. Erlangen) — Berlin-Charlottenburg Adler-Druckerei '12, p. 64.

GRIECHISCHE INSCHRIFTEN als Illustr. zu den Schulschriftstellern von Dr. A. LAUDIEN — Berlin Weidmann '12, p. 78 m. Abbild., M. 1.40.

GRIECHISCHE PAPYRUS AUS OXYRHYNCHOS für den Schulgebrauch ausgewählt von u. s. — u. s., p. VIII-58 m. Abbild., M. 1.40.

GRIECHISCHE PAPYRUSURKUNDEN der Hamburger Stadtbibliothek, I Bd. hrsg. u. erklärt von P. M. MEYER. 2 Heft, Urkunden Nr. 24-56 (S. 101-209 m. 1 Lichtdruck-Taf.) — Leipzig Teubner '13, M. 10.

GRÜNWALD F. Ordnung der die Worte *lucrum, lucrifacere, lucrari, lucrativus, lucrosus* enthalt. Stellen in den Pand., Instit. des Gaius u. Fragm. minora (Diss. Heidelberg) — ib. Huber '12, p. 61.

GRUPE E. *vedi* VOCABUL. IURISPR. ROM.

GUIDI G. *Gestione d'affari* in ENCICLOP. GIURID. ITAL. fasc. 582, Vol. VI parte III p. 1058-96..., 4° — Milano Società editr. libr. s. a. ['13], L. 2 il fasc.

HARDY E. G. Roman Laws and Charters. Three Spanish Charters and Other Documents. Transl. with Introd. and Notes — Oxford Clarendon Press (London Frowde) '12, p. v-176 e IV-158, s. 10. 6.

HARTMANN G. Roma alla fine del mondo antico. Vers. dal ted. di A. MERCATI — Roma Desclée '08, p. LIV-846.

HARTMANN L. M. Ein Kapitel vom spätantiken u. frühmittelalt. Staate — Stuttgart Kohlhammer '13, p. 24, M. 2.

HASCHKE E. Die Wirkung des rechtskräftigen Urteils auf das Wahlrecht zwischen Wandlung u. Minderung nach röm. u. heut. R. (Diss. Breslau) — Borna-Leipzig Noske '12, p. 45.

HASLER G. Die Schuldübernahme in der Theorie u. im schweiz. R. (Diss. Zürich) — ib. Aktienbuchdr. '11, p. 144.

HAUTECOEUR L. C. Fulvius Plautianus et la préfecture du prétoire sous Septime-Sévère — in MÉLANGES CAGNAT, p. 187-199.

HÉBELT E. Tanulmányok a jogügyletröl (Studi sul negozio giurid.), I — Budapest '12, p. 320.

HEILIGENSTAEDT F. Fasti aedilicii inde a Caesaris nece usque ad imperium Alexandri Severi (Diss. Halle) — Halis Kaemmerer '10, p. VIII-80.

HELBING F. Die Tortur. Geschichte der Folter etc, 3 von M. ALSBERG erweit. Aufl., 2 Teile in 1 Bde — Berlin Langenscheidt '13, VII-268 u. 273 S. m. 43 Abbild., M. 15.

HELBING R. Auswahl aus griech. Papyri — Leipzig Göschen '12, p. 146 in-16, M. 0.90.

HELL S. Systematik des röm. u. d. Privatr., 4 parti di oltre 100 pagine ciasc. — Berlin Heymann '13, M. 6 (ciasc. M. 1.60).

HERMANN K. F. Lehrbuch der griech. Antiq. Neu hrsg. von H. BLÜMNER. I Bd.: Lehrb. d. griech. Staatsaltertümer, neu bearb. von H. SWOBODA — Tübingen Mohr '13, p. XVI-506, M. 10.

HERTLE A. Tacitus quomodo imperatoris Claudii de iure honorum orationem interverterit (Diss. Freiburg) — ib. Off. tip. Caritatis '12, p. 45.

HERTLING G. Konsekration u. res sacrae im röm. Sakralrecht (Diss. München) — ib. Wolf '11, p. 71.

HERZEN N. Le produit de la chose et le possesseur de bonne foi — in MÉLANGES P F. GIRARD, vol. I p. 523-547.

HITZIG H., H. F. Hitzig †. Notice biograph. et bibliograph. — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 549-557.

HOHLWEIN N. L'Égypte rom.: Recueil de termes techniques relatifs aux instit. polit. et admin. de l'Égypte rom., suivi d'un choix de textes papyrol. (Mém. couronné) — Bruxelles Hayez (Paris Champion) '12, p. XVII-623 e 152, fr. 15 e 5 (*cfr.* p. 307 e 308).

HOMO L. Les conférences de Nicée et la diplomatie rom. en Grèce (Hiver 198-197 av. J.-C.) — in MÉLANGES CAGNAT, p. 31-50.

HOENIG R. Die Uebereinstimm. Julians m. Ulpian in der Beurteil. des Dissensus in causa traditionis — Wien Deuticke '13, p. 31, M. 1.

HUMBERT G. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

HUNT A. S. *vedi* OXYRH. PAPYR.

HUVELIN P. Sur un texte d'Alfenus Varus (Dig. 9, 2, fr. 52, 1) — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 559-571.

HYAMSON M. *vedi* MOSAIC. ET ROMAN. etc.

INSCRIPTIONES GRAECAE AD RES ROMANAS PERTINENTES etc. T. IV fasc. 4 — Paris Leroux '12, p. 289-368.

INSCRIPTIONES GRAECAE, consilio et auctor. Acad. Litter. Regiae Borussicae editae. Vol. V fasc. 1. I Inscript. Laconiae et Messeniae. Ed. G. KOLBE — Berlin Reimer '13, p. XXVIII-377 e 7 tav., M. 71 1/2.

JACOBSOHN H. Die Unterlassungsklage — Berlin Guttentag '12, p. XII-173, M 4.

JARDÉ A. Un traité entre Cnide et Rome — in MÉLANGES CAGNAT, p. 51-58.

JHERING R. v. Der Kampf um's Recht[18] — Wien Manz '13, p. XIX-98, M. 1.50.

ID. Briefe an seine Freunde — Leipzig Breitkopf und Härtel '13, p. III-480, M. 6.

JOBBÉ-DUVAL E. François le Douaren (Duarenus) 1505-59. — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 573-621.

JOUGUET P. *vedi* PAPYRUS GRECS.

ID. Supplément aux Papyrus de Théadelphie — in MÉLANGES CAGNAT, p. 407-418.

JUNG E. Das Problem des natürl. R. — Leipzig Duncker u. Humblot '12, p. IV-334, M. 8.

JUSTER J. Les droits polit. des Juifs dans l'Emp. romain (Thèse Paris) — ib. '12, p. XIII-105.

JUSTINIANI INSTITUTIONUM LIBRI QUATTUOR. With Introd., Comment. and Excursus by J. B. MOYLE[5] — London Frowde '13, p. 688, s. 14.

KAKEHI. Concetti generali giurid. dei R. — Tokjo '12 (estr. di rivista giapponese).

KAEMPF W. Die Klage aus nützl. Verwendung nach gem. u. preuss. R. (Diss. Heidelberg). — Berlin Hermann '12, p. 43.

KAN J. v. Besitzverhoudingen (Rapporti possessorî) — Amsterdam de Bussy '13.

KARGL J. Die Lehre der Stoiker vom Staat (Diss. Erlangen) — '12, p. 92.

KATTE A. v. Die L. 30 § 1 D. *ad leg. Aquil.* 9, 2, u. ihre Stellung gegenüber dem heut. R. (Diss. Göttingen) — Berna-Leipzig Noske '12, p. 66.

KELLER H. Gibt es im geltenden R. eine exceptio doli generalis? (Diss. Marburg) — Borna-Leipzig Noske '11, p. VIII-50.

KLUSSMANN R. *vedi qui più avanti* pag. 305.

KNIEP F. Zum röm. Konkursverfahren — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. I p. 623-643.

KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI I. v. Pojecie prawa (Il concetto del dir.) — Krakow '12, (in Studi pubblic. per 250° a. dell'Università di Leopoli [Lwow]).

KREISS R. Der Widerruf des Testamentes nach dem BGB. unter vergleich. Darlegung der Grundsätze des r. Rechts (Diss. Rostock) — s. l. '11, p. 94.

KRUEGER H. Die cautio Muciana — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 1-34.

KRUEGER P. Ueb. die Einwirkung der *Notae iuris* auf fehlerhafte Ueberlief. der Juristenschriften — u. s., p. 35-42.

ID. Gesch. der Quellen u. Litter. des r. R.[2] — München u. Leipzig Duncker u. Humblot '12, p. x-444, M. 12.

ID. *vedi* COLLECTIO.

KUEBLER B. Lesebuch des r. R. zum Gebrauch bei Vorlesungen u. zum Selbststudium — Berlin Guttentag '12, p. XII-291, M. 6.

ID. Ueb. eine Stelle aus der Rede des Cicero für den Cecina — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 43-61.

KUHLENBECK L. Die Entwicklungsgesch. des röm. Rechts. II Bd., Institutionen II: Das System des röm. Privatrechts — München Lehmann '13, p. VIII-373, M. 7.

LABELLE E. Fustel de Coulanges — Paris Bloud '13, p. 70 in-16, 60 cent.

LABORDE L. Les écoles de droit dans l'Empire d'Orient (Thèse Bordeaux) — ib. Cadoret '12, p. 218.

LASSEN J. Lœrebog i romersk Privatret (Trattato di dir. priv. r.) — Kjöbenhavn Gad '11, p. 396, K. 5 1/2.

LAUDIEN A. *vedi* GRIECH. INSCHRIFTEN e GRIECH. PAPYRUS.

LENEL O. Die Aktivlegitim. beim Interd. Quod legatorum — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 63-84.

ID. Zur Enwicklungsgesch. des röm. Testaments — Internat. Congress of Historical Studies London '13, p. 1.

LEONHARD F. Das röm. R. — in ENCYKL. DER RW. hrsg. von K. BIRKMEYER,[3] Berlin Häring '12, p. 75-184.

LEONHARD R. Die actio de incerta quantitate — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 85-103.

LESQUIER J. Papyrus de Magdola reedités d'après les originaux (Thèse Paris) — ib. '12, 222 p. et 12 pl., 4°.

LONGINESCU S. G. Legi vechi romanesti si izvoarele lor (Vecchie leggi rumene e loro fonti). Vol. I: Pravila Moldovei din vremea lui Vasile Lupu (Codice della Moldavia dell'epoca di...; con indic. delle sue fonti e trad. fr.) — Bucuresti Göbl '12, p 440-y-VI, 4°, Lei 45.

LONGO C. Sulla natura della merces nella locatio conductio — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 105-117.

ID. *Gens, gentiles* in ENCICLOP. GIURID. ITAL. Fasc. 582, Vol. VI parte III p. 1038-52, 4° — Milano Società editr. libr. s. a. ['13], L. 2 il fasc.

LOTMAR PH. Lex Iulia de adulteriis u. Incestum — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 119-143.

MALESSA E. Das Problem der ruhenden Erbschaft auf römisch-rechtlicher Grundlage (Diss. Greifswald) — '12, p. 107.

MANZINI V. Le varie specie di furto nella storia e nella sociologia.[2] Parte storica, vol. I (Il furto in Grecia. Il furto nel d. romano. Il furto nel d. greco-rom.) — Torino Unione tip.-ed. '12, p. XXXV-592, L. 9.

MARCHI A. Figure e realtà nella terminologia dell'obblig. rom. (Discorso) — Macerata Bianchini '13, p. 26 (ivi in ANNUARIO DELL' UNIVERSITÀ).

MARQUARDT J. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

MASPERO J. *vedi* CATALOGUE.

ID. Organis. milit. de l'Égypte byzant. (Bibliothèque de l'École des Hautes-Études, Sciences phil. et hist., fasc. 201) — Paris Champion '12, p. 159, fr. 4.

MASSIGLI R. Primat de Carthage et métropolitain de Byzacène. Un conflit dans l'Eglise Africaine au VIe siècle — in MÉLANGES CAGNAT, p. 427-440.

MAURO L. Il contr. d'enfiteusi nel d. comune ecc. — Napoli Acampora '12, p. 1035-XVII, L. 12.

MAY G. Observations sur les actions arbitraires — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 151-169.

ID. Éléments de dr. r. à l'usage des étudiants [11] — Paris Larose et Tenin '13, p. XVI-737, fr. 10.

MAYER E. Bemerkungen zur frühmittelalt. insbes. italien. Verfassungsgesch. — Leipzig Deichert '12, p. VI-92, M. 3.60.

MAYNIAL E. La *Dea Roma* à Rome — in MÉLANGES CAGNAT, p. 201-211.

MAYR R. v. Das sacramentum der legis actio — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 171-200.

ID. Röm. RG. II Buch, Die Zeit des Amts- u. Verkehrsrechts: 1 Hälfte, Das öffentl. R.; 2 Hälfte, Das Privatrecht, I Personen u. Sachen, II Schuldverhältnisse — Leipzig Göschen '12 e '13, p. 158 e 122 e 150 in-16, 90 Pf. ciasc.

MÉLANGES CAGNAT. Recueil de mémoires concernant l'épigraphie et l'antiq. rom. etc. *Vedi qui*: ALBERTINI E., BESNIER M., CHAPOT V., DE PACHTÈRE F. G., DUBOIS CH., HAUTECOEUR L., HOMO L., JARDÉ A., JOUGUET P., MASSIGLI R., MAYNIAL E., PIGANIOL A., PRECHAC F., TOUTAIN J. *Contiene pure*: L'enseignement de M. R. CAGNAT au Collège de France depuis 1887, Bibliographie de M. R. CAGNAT (p. 1-15) — Paris Leroux '12, p. 452, fr. 15.

MÉLANGES P. F. GIRARD. Études de dr. r. dédiées etc. *Vedi qui e in* a. XXIV pag. 282 e segg.: APPLETON CH., ARNÒ C., AUDIBERT A., BAVIERA G., BONFANTE P., BRUGI B., CHAMPEAUX E., COLLINET P., CORNIL G., DEBRAY L., DECLAREUIL J., DESSERTEAUX F., DI MARZO S. (sotto MARZO S. DI nella Raccolta), DUQUESNE J., ERMAN H., ESMEIN A., FOURNIER P., GAVET G., GRADENWITZ O., HERZEN N., HITZIG H., HUVELIN P., JOBBÉ-DUVAL E., KRUEGER H., KRUEGER P., KUEBLER B., LENEL O., LEONHARD R., LONGO C., LOTMAR PH., MAY G., MAYR R. v., MEYNIAL E., MITTEIS L., MONNIER H., MORIAUD P., NABER J. C., PACCHIONI G., PAMPALONI M., PEROZZI S., RABEL E., RICCOBONO S., SALEILLES R., SEGRÈ G., WENGER L., WLASSAK M., ZOCCO-ROSA A. Volumi due — Paris Rousseau '12, p. XVI-647 e 701, fr. 50.

MERTENS W. Die Einwirkung des furtum usus auf die Besitzverhältnisse (Diss. Würzburg) — Halle John '12, p. 52.

MEYER P. M. *vedi* GRIECHISCHE PAPYRUSURKUNDEN.

MEYNIAL E. Des conditions requises au Moyen-Age pour l'ap-

plic de la rescission de la vente pour lésion d'outre moitié — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 201-224.

MITJUKOW R. Dir. rom.; compl. da A. MITJUKOW — Kiew '12, p. XII-407 e ritr., R. 3 (*Russo*).

MITTEIS L. Ueb. den Ausdruck *potentiores* in den Digesten — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 225-235.

MODDERMAN W. Handboek voor het romeinsche recht, vervolgd door (Man. di d. r. continuato da) H. L. DRUCKER en P. A. TICHELAAR[5] Parte II — Groningen Wolter '12, p. VI-224, completo (3 parti) fiorini oland. 16.

MOE V. og WERRING S. Register hi FEDERSPIEL H. Romerske Retskilder (Indice a... Fonti giur. rom.) — Kristiania Norli '08, p. 35, K. 0.65

MOMMSEN TH. Die Geschichte der Todesstrafe im röm. Staat (a. 1896) — in: Reden u. Aufsätze, Berlin Weidmann '12 (Rist.), pagine 437-448.

ID. Röm. Gesch. I Bd. Bis zur Schlacht v. Pydna (Rist.) — ivi '12, p. X-944 e una carta milit., M. 10.

ID. Hist. rom., trad. De GUERLE T. I-VII in-18 — Paris Flammarion '13, chaque vol. 0.95.

MONNIER H. La Novelle L de Léon Le Sage et l'insinuation des donations — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol II p. 237-289.

MORIAUD P. Du consentement du père de famille au mariage en dr. class. — u. s., p. 291-308.

MORNET D. *vedi* BORNECQUE H.

MOSAICARUM ET ROMANARUM LEGUM COLLATIO, with Introduction, Facsimile and Transcription of the Berlin Codex, Translation Notes and Appendices, by Rev. M. HYAMSON — London Milford (Frowde) '13, p. 409, s. 21.

MOYLE J. B. *vedi* JUSTINIANI INSTIT.

MÜNTZER D. Rechtsgesch. Beiträge zur Lehre vom freiwill. Rücktritt u. von der tätigen Reue (Diss. Jena) — Strassburg Du Mont Schauberg '12, p. 76.

NABER J. C. De in rem actione legitima et per sponsionem — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 309-317.

NORDEN F. Apulejus von Madaura u. das röm. Privatrecht — Leipzig u. Berlin Teubner '12, p. VI-196, M. 6.

OBERZINER G. *vedi* pag. 309 — Milano Cogliati (Hoepli) '12, p. 38.

OKO J. De senatoribus pedariis (Progr. del ginnasio VI di Leopoli [Lwow]) — ivi '11, p. 15.

ORTOLAN M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emp. Justiniano etc. precedida de la Historia de la Legislación Romana etc. Trad. por F. PÉREZ DE ANAYA y MELQUIADES PÉREZ RIVAS — Madrid López '12, p. 141, P. 8.

OXYRHYNCHUS PAPYRI (THE). Part IX ed. with transl. and notes by A. S. HUNT — London Egypt Explor. Fund '12, p. XIV-304, 4°.

PACCHIONI G. Nexum — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II pp. 319-330.

ID. I contratti a favore di terzi. Studio di dir. rom., civ. e commerc. — Milano Vallardi '12, p. XV-422, L. 10.

PAIS E. Storia critica di R. durante i primi cinque secoli. Vol. I parte 1, Le fonti, L'età mitica; parte 2, L'età regia — Roma Loescher '13, p. XXVI-835, L. 18.

PAMPALONI M. La nuda proprietà nella dottrina dei legati — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 331-353.

PAPIRI GRECI E LATINI. Vol. I (n. 1-112) e Vol. II (n. 113-156). Pubblicaz. della Società italiana per la ricerca dei papiri greci e latini in Egitto — Firenze Ariani (Seeber) '12 e '13, p. XIV-227 con 13 tav. e p. 101 con 5 tav., L. 30 e L. 20.

PAPPULIAS D. P. Τὸ Ἑλληνικὸν ἀστικὸν δίκαιον ἐν τῇ ἱστορικῇ αὐτοῦ ἐξελίξει (Discorso) — Ἐν Ἀθήναις Maisner 1912.

PAPYRI IANDANAE. Cum discipulis ed. C. KALBFLEISCH. Fasc. III Instrumenta graeca publica et privata. Pars I, ed. L. SPOHR, S. 75-123 m. 4 Taf. — Leipzig Teubner '13, M. 2.80.

PAPYRUS GRECS publiés sous la direction de P. JOUGUET etc. Tome II fasc. 2, 3 et 4 (Institut papyrol. de l'Université de Lille). Papyrus de Magdola — Paris Leroux '12, p. 222 in-4°, 12 tav., fr. 25.

PAPYRUS GRECS *vedi* CATALOGUE.

PARETO V. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

PAULY-WISSOWA-KROLL Realencyclop. der class. Altertumswiss., XV Halbband Lief. 106-117, col. 1-2112 (*Helikon-Histria*...) — Stuttgart Metzler s. a. ['12 e '13], Lief. zu M. 2.

PEROZZI S. Un paragone in materia di comproprietà — in MÉLANGES P. F. GERARD, vol II pp. 335-386.

PETERS H. *vedi* pag. 301 — Leipzig Teubner '13, p. 113, M. 3.

PETOT P. Le défaut *in judicio* dans la procéd. ord. rom. (Thèse Paris) — ib. Larose et Tenin '12, p. VII-142, fr. 6.

PIGANIOL A. Observations sur une loi de l'empereur Claude — in MÉLANGES CAGNAT, p. 153-167.

PLATO. Werke. Ueber die Gesetze. Deutsch von E. EYTH. 4-6 Lief.[2] — Berlin-Schöneberg Langenscheidt '12, jede Lief. 35 Pf.

PÖHLMANN R. v. *vedi* pag. 315 — München Verl '13, p. 171, M. 4

POLAND F. *vedi* BAUMGARTEN F.

POLENSKE K. Ursprung des constitutum debiti — in FESTGABE... FÜR W. v. BRÜNECK, Halle Buchh. des Waisenhauses '12, p. 143-157.

ID. Einführung in die Gesch. des röm. Privatrechts. I Tl. — Halle Niemeyer '12, p. VII-80, M. 2.

POLKE A. Die Antinomie C. 3. 31. 5 u. D. 12. 6. 19 § 1. Ein Beitrag zur Lehre von der hered. petitio etc. (Diss. Rostock) — Berlin Ebering '12, p. 48, M. 1.30.

PRECHAC F. Annotations et corrections au texte de Cicéron — in MÉLANGES CAGNAT, p. 85-118 e Add. p. 447-450.

PREISIGKE F. Sammelbuch Griech. Urkunden aus Aegypten. 1 u. 2 Heft — Strassburg Trübner '13, p. 256, M. 10 ciascun fasc.

PULCIANO C. E. Il dir. priv. rom. nelle Epistole di Plinio il Giovane. Quattro saggi [Centumviri. Status libertatis. Status civitatis. Diritto testamentario] e Excerpta iuridica Pliniana (Tesi Torino) — ib. Anfossi '13, p. XLVI-316.

QUELLEN ZUR GESCH. D. RÖM.-KANON. PROCESSES IM MITTELALT. Hrsg. von L. WAHRMUND. II Bd. 1 Heft: Der ordo judiciarius « scientiam ». Anh.: Der Ordo judic. des Dinus Mugellanus — Innsbruck Wagner '13, p. XV-66 e VI-9, M. 4.

RABEC F. De la lésion des mineurs et des remèdes qu'on y a apportés (Thèse Caen) — Angers Straudeau '11, p. 276.

RABEL E. Zu den sog. praetor. Servituten — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II pp. 387-413.

RAMSAY W. M. The Church in the Roman Empire before A. D. 170[10] — London Hodder '10.

RÁTVAY G. Institutiók — Eger '12, p. 136.

RAZZINI C. S. Il dir. rom. nelle Satire di Giovenale (Tesi Torino) — ib. Anfossi '13, p. 102.

Reid J. S. The Municipalities of the Roman Empire — Cambridge University Press '13, p. 574, s. 12.

Reinach A. J. Bulletin annuel d'épigraphie grecque, 3e année — Paris Leroux '12, fr. 2.50.

Reinach Th. *vedi qui* pag. 308 — Paris Klincksieck '12, fr. 0.80.

Id. *vedi* Biblioteca di storia economica.

Reuterskiöld C. A. ... Romersk ratt (Dir. rom.)... — Upsala '11.

Riccobono S. La c. 1 Cod. *de donat* VIII, 53 e la forma delle donaz. a personae exceptae — in Mélanges P. F. Girard, vol. II pp. 415-467.

Rigaud L. Le droit réel. Histoire et théorie. Son origine institutionnelle (Thèse Toulouse) — ib. '12, p. xvi-487.

Rinieri J. L'imperat. Costantino — Torino tip. Buona Stampa '12, p. 79.

Rödelheimer F. Zahlungen an den unbevollmächtigten Vertreter nach röm. gem. u. heut. bürg. R. (Diss. Jena) — Berlin Blanke '12, p. 51.

Rohde. Studien im Besitzrecht. Abschn. X u. XI, B. Spezielle Gestaltung des corpus possessionis nach röm. R., Fortsetzung. Abschn. XXII, Schutz des Besitzes — Marburg Elvert '13, p. ii-54 e 48, p. ii-120, M. 2.50 e M. 3.

Rossi L. *Redibitoria azione* in Il Digesto Ital. Disp. 752 e 754, 8a e 9a del Vol. XX parte 1a pagg. 487-501, 4° — Torino Unione tip.-ed. '12, L. 2 la disp.

Rotondi G. Appunti sulla stipulatio rem pupilli salvam fore — Pavia Fusi '12, p. 31.

Id. *Negligenza* in Dizionario del diritto privato fasc. 67. Vol. IV p. 26-27, 4° — Milano Vallardi s. a. ['12], L. 1 il fasc.

Sacchi A. *Quaestiones perpetuae* e *Quarta Pegasiana* in Il Digesto Ital. Disp. 765, 21a del Vol. XIX parte 2a pagg. 1303-12, 4° — Torino Unione tip.-ed. '13, L. 2 la disp.

Saleilles R. L'organis. jurid. des premières communautés chrétiennes — in Mélanges P. F. Girard, vol. II p. 469-509.

Salvioli G. Der Kapitalismus im Altertum, Studien üb. die röm. Wirtschaftsgesch. Nach dem Franz. v. K. Kautsky jun. — Stuttgart Dietz '12, p. xx-298, M. 2.50.

Id. Sulla esportaz. di grano e di olio dall'Africa nell'epoca rom. — Napoli '12, p. 22, L. 2.

SAMTER R. Nichtförmliches Gerichtsverfahren — Weimar Böhlau '11, p. 174, M. 5.

SANATESCO G. De la validité des actes faits par l'héritier apparent (Thèse Paris) — ib. Éd. des Juris-Classeurs '12, p. 393.

SANDELS F. Die Stellung der kaiserlichen Frau aus dem julisch-claudischen Hause (Diss. Giessen) — Darmstadt Bender '12, p 79.

SAN NICOLÒ M. Aegypt. Vereinswesen zur Zeit der Ptolemäer u. Römer, I Bd. — München Beck '13, p. VIII-225, M. 7.

SCHANZ M. Gesch. d. röm. Litteratur etc. II Tl., 2 Haelfte[3]: Vom Tode des Augustus bis zur Regierung Hadrians — München Beck '13, p. XIII-601, M. 10 (HANDBUCH DER KLASS. ALTERTUMSWISS. hrsg. von IWAN VON MÜLLER VIII. 2. II).

SCHAUB F. Studien zur Gesch. der Sklaverei im Frühmittelalter — Berlin u. Leipzig Rothschild '13, p. XI-116, M. 3.50.

SCHMIDT P. Die röm. Ritter von den Gracchen bis zum Tode Ciceros (Diss. Breslau) — ib. Buchdr. der *Schles. Volkszeit.* '12, p. 72.

SCHOENLEIN A. Der Schadensersatzanspruch des Pfandgläubigers nach röm. u. modernem Rechte (Diss. Greifswald) — ib. Abel '12, p. 53.

SCHREINER I. De corpore iuris Atheniensium (Diss. Bonn) — ib. Georg '13, p. 105.

SCHUSTER E. J. The Wife in Ancient and Modern Times (Trad. dal tedesco) — London Williams and Norgate '11, p. x-151 in-16°, s. 4 1/2.

SCHWARZE K. Beiträge zur Gesch. altröm. Agrarprobleme, bis 367 v. Chr. (Diss. Halle) — ib. Niemeyer '12, p. 90.

SCHWENKE F. Die Schadlosbürgschaft (fideiussio indemnitatis) in ihrer gesch. Entw. (Diss. Erlangen) — Göttingen Dieterich '12, p. 89.

SEGRÈ G. La denomin. di *actio confessoria* in partic. per la rivendic. dell' usufr. e delle servitù — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 511-599.

SEIDEL J. Fasti aedilicii von der Einrichtung der plebejischen Aedilität bis zum Tode Caesars (Diss. Breslau) — ib. Breslauer Genossenschafts-Buchdr. '08, p. 100.

SEMEKA G. Ptolemäisches Prozessrecht. Studien zur ptol. Gerichtsverf. u. zum Gerichtsverfahren — München Beck '13, p. v-311, M. 8.

SINGALEVIĆ S. P. Sostav naselenija g. Oksirincha v pervyje tri věka rimskago gospodstva v Egiptě (La popolaz. di Oxyrh. nei tre primi secoli della dominaz. rom. in Egitto) — Kasan '13 (Sbornik etc. D. A. Korsakovu, p. 238-257).

SOKOLOV TH. TH. Scritti riuniti (dagli allievi dopo la morte dell'A.; in russo).* — St. Petersburg '10, p. VI-672.

SOLAZZI S. Spatium deliberandi — Catania Mattei '12, p. 13.

ID. La minore età nel d. r. — Roma Athenaeum '13, p. 318, L. 8.

SPERLING G. Actio u. obligatio nach röm. u. heut. R. (Diss. Breslau) — '12, p. V-49.

SPOHR L. *vedi* PAPIRI IANDANAE.

STECH B. Senatores Romani qui fuerint inde a Vespasiano usque ad Traiani exitum. Partis II cap. IV, De Senatorum patria (Diss. Berlin) — '12, p. 39.

ID. Id. completo; *vedi qui* pag. 306 — Leipzig Dieterich '12, p. XIV-205, M. 12.

STEINER A. Der Fiskus der Ptolemaeer. I. Seine Spezialbeamten und sein öff. rechtl. Charakter — Leipzig Teubner '13, p. VI-66, M. 2.40.

STEPHENSON A. A History of R. Law, with a comment of the Inst. of Gaius and Just. — Boston Little Brown '12, p. XVIII-513, D. 3.

STERNBERG TH. Einführung in die RW.², 1 Tl.: Methoden u. Quellenlehre — Leipzig Göschen '12, p. 190 in-16°, M. 0,90.

SWOBODA H. *vedi* HERMANN K. F.

SZASZY-SCHWARTZ G. Uj irányok a magánjogban (Nuovi indirizzi nel dir. priv., 5 Memorie: due sotto questo stesso titolo, III Jhering R. és müve [...e la sua opera], IV Régi és uj birtokjog [Dir. posses. antico e nuovo], V A jogalany kèrdéséhez [Intorno alla questione del soggetto giurid.]) — Budapest '12, p. 606.

SZILÀGYI A. A kártéritési jog alapelvei (I principî del diritto al risarcim. dei danni) — Máramarossziget '11, p. 325.

TASSIN R. Essai sur la compensation des fautes en dr. r. suivi d'un aperçu de législ. comp. (Thèse Dijon) — Paris Rousseau '12, p. 125.

* Interessano specialmente il diritto pubblico greco. Per l'indicazione singola vedi WKPh. XXVII. '10 nr. 48 col. 1305 e sgg.

TAUBENSCHLAG R. Vormundschaftsrechtl. Studien. Beiträge zur Gesch. des röm. u. griech. Vormundschaftsrechts — Leipzig-Berlin Teubner '13, p. 88, M. 3.

TÄUBLER E. Die weltpolit. Stellung des jüdischen Staates in der hellenistisch-röm. Zeit (Rede) — Berlin '12, p. 20 (30 Bericht der Lehranstalt für die Wissenschaft des Judentums, p. 73-92).

TRUFER J. Zur Gesch. der Frauenemanzipation im alten Rom. Eine Studie zu Livius 34. 1-8 — Leipzig Teubner '13, p. 43, M. 1.

THIELE G. Lateinkursus für Juristen. Ein Hilfsbuch zur sprachl. Einf. in die Quellen d. röm. R., 2 Tl.: Digesten — Berlin Vahlen '12, p. VIII-121, M. 3.

TICHELAAR P. A. *vedi* MODDERMAN W.

TOUTAIN J. Le progrès de la vie urbaine dans l'Afrique du nord sous la domin. rom. — in MÉLANGES CAGNAT, p. 319-347.

TREITEL TH. Die Wirkung des vertragsmässigen Ausschlusses der Verkaufsberechtigung im Pfandrecht. Nach röm. u. bürg. R. (Diss. Jena) — Berlin Mohrus '11 ('12), p. 49.

TRIANTAPHYLLOPULOS K. D. Ὁ Φαλκίδιος νόμος ἐν τῷ βυζαντινῷ δικαίῳ — Ἐν Ἀθήναις Eleutherudakis-Barth '12, p. VII-96, M. 4.

TROCSÁNYI J. Erkölcstelen ügyletek (Negozî giurid. immorali), turpis causa — Budapest '10, p. 252.

VACCA G. Il mandato post mortem nel d. r. e nel d. civ. it. (Tesi Torino) — Finalborgo Rebbaglietti '12, p. 35.

VACEK J. Pravek a manzelství (Il matrim. nell'antica età). Parti I e II — v Praze '12 e '13, p. 304.

VALLETTI L. La fiducia testam. nella legislaz. ital. (Tesi Torino) — Pinerolo Chiantore-Mascarelli '13, p. 92.

VASSALLI L. *vedi* pag.299 — Roma Athenaeum '13, p. 63, L. 2.

ID. Programma del Corso di d. r. tenuto nell'Università di Perugia nell'a. '12-13 (Dir. eredit. II) — Perugia Unione tip. coop. '13, p. 7.

VOCABULARIUM IURISPRUD. ROM. iussu Instituti Savigniani comp. Tom. II fasc. II (...*doceo-ex*...). Conscripsit E. GRUPE (I S. u. Sp. 321-640) — Berlin Reimer '13, M. 8,20.

WAGNER R. *vedi* POLAND F.

WEGEHAUPT W. Ciceros Rede pro C. Rabirio perduellionis reo. Progr. Hamburg, Wilhelm-Gymn. — '12, p. 15.

WEHOWSKY H. Der Papyrus Nr. 179 des Berliner Museum (Diss. Breslau) — Borna-Leipzig Noske '11, p. IX-39.

WENDTLAND L Ungerechtfertigte Bereicherung durch abstrakte Verträge des Obligationenrechts (Diss. Breslau) — Jauer Steinbach '12, p. 43.

WENGER L. Das röm. R. an den deutschen Universitäten — in MÉLANGES GIRARD, vol. II p. 601-613.

WERING S. *vedi* MOE V.

WHIBLEY L. Greek Oligarchies, their Characters and Organisation — Cambridge University Press '13, p. VIII-212, s. 3 1/2.

WINDELBAND W. Gesch. der antiken Philosophie, 3 Aufl. bearb. von A. BONHÖFFER — München Beck '12, p. X-344, M. 6 (HANDBUCH DER KLASS. ALTERTUSMWISS. hrsg. von IWAN v. MÜLLER V, 1, I).

WISSOWA G. Religion u. Kultus der Römer[2] — u. s., p. XII-612, M. 11 (u. s V. 4).

ZOCCO-ROSA A. I risultati di una nuova Palingenesia delle Istit. di Giust. — in MÉLANGES P. F. GIRARD, vol. II p. 645-657.

ID. Gli albori della storia del dir. rom. nel *liber singularis enchiridii* di Sesto Pomponio - Catania Istituto di storia del dir. rom. '12, p. 58.

ZOLL F. (SEN.) Pandekta czegli nauka rzymskiego prawa prywatnego (...o trattato del d. r. priv.). Vol. II Prawo rzeczowe (Diritti reali)[2] — Krakow '13.

II. — Periodici.

*Sigle nuove.**

ABSA. = Annual of the British School at Athens

AJS. = American Journal of Sociology

AK. = Archiv für Kulturgeschichte

ASPN. = Archivio storico per le provincie Napoletane

Athen. = Athenaeum. Studii periodici di letteratura e storia.

AUGe. = Atti dell'Univer. di Genova

AUT. = Annali delle Università Toscane

BAF. = Bulletin de la Societé nationale des Antiquaires de France

* Per le altre sigle vedi i due Quadri di a. XXIII pag. XXVII e seguenti e a. XXIV pag. 302 e seguenti.

BCGR. = Bollettino del Circolo giuridico di Roma
BECh. = Bibliothèque de l'École des Chartes
BIFA. = Bulletin de l'Institut français d'archéologie orientale
BISI. = Bullettino dell' Istituto Storico Italiano
BJB. = Bonner Jahrbücher
CNL. = Classici e Neolatini
Corr. = Correspondant (Le)
CP. = Conferenze e Prolusioni
CW. = Classical Weekly
Er. = Eranos (*Svedese*)
Exp. = Expositor (The)
JRP. = Jahresbericht der I deutschen Staatsrealschule in Prag
JVe. = Juridičeskij Věstnik (*Russo*)
JZ. = Iuridičeskija Zapiski (*Russo*)
LUA. = Lunds Universitets Ärsskrift (*Svedese*)
MABe. = Mémoires publiés par la Classe des lettres etc de l'Académie de Belgique
MAGW. = Mitteilungen der Antropologischen Gesellschaft in Wien
MAI. = Mémoires de l'Institut National de France. Académie des Inscriptions et Belles-Lettres
Marz = Marzocco (Il)
Mon. = Monist (The)
NBAC. = Nuovo Bulle di Archeologia cristiana
NC. = Nuova Cultura (La). *Subentra* a "La Cultura (Cult.)"
NCh. = Numismatic Chronicle and Journal of the Numismatic Society (The)
NZ. = Numismatische Zeitschrift
OL. = Orientalistische Literaturzeitung
PA. = Pädagogisches Archiv
PAM. = Pubblicazioni dell'Accademia scientifico-letter. di Milano. Studi di Filologia, Filosofia e Storia
R. = Revue (La; Ancienne Revue des Revues)
RAfr. = Revue Africaine
REH. = Revue des Études historiques
REP. = Revue d'Économie politique
RGK. = Römisch-germanisches Korrespondenzblatt
RHR. = Revue de l'Histoire des religions
RIDC. = Revue de l'Institut de droit comparé
RIFGFS. = Rivista Integrale di Filologia Giurisprud. e Filosofia scientifica
RMM. = Revue de Métaphisique et de Morale
RMo. = Revue du Mois
RPP. = Revue politique et parlementaire
Sc. = Scientia, Rivista di Scienza
SoR. = Socialistic Review
SUP. = Studi nelle scienze giur. e soc. pubblicati dall' Istit. di esercitaz. presso la Facoltà di Giurispr. dell' Università di Pavia
ThP. = Themis Polska (*Polacco*)
UC = Vniversité Catholique (L')
VG. = Vergangenheit u. Gegenwart
VoP. = Voprosy prawa (*Russo*)
ZWTh. = Zeitschrift für wissenschaftliche Theologie

Rettifiche e aggiunte ai Quadri precedenti.

KJRPh.* = Kritischer Jahresbericht über die Fortschritte der Romanischen Philologie (Vollmöller)

SEGC. = *invece* di SECC. in a. XXIV pagg. 303 e 325

TV. = ... Vjedomosti

AASN. XLI. '11 (agg.): Fiore P. Considerazioni storiche sul dir. di guerra.

AAT. XLVII. '11-12. 12: Patetta F. L'esodo dall'Italia del *Codex Utinensis* e la sua rivendicabilità. —— XLVIII. '12-13. 3: De Sanctis G. Note di epigr. giur., I La oraz. funebre di Turia, II Ancora della Tavola di Eraclea. — 9: Motzo B. La condiz. giurid. dei Giudei di Alessandria sotto i Lagidi e i Rom. — 10: Corradi G. Gli strateghi di Pergamo.

ABR. XXXVIII. '12-13. 2: Rotering Zur Lehre vom Besitze; Kiss G. Soziolog. Rechtsanwendung im r. R.

ABSA. XVII. '10-11: Wace A. J. B. and Thompson M. S. A Latin Inscript. from Perrhaebia.

ACP. CIX (N. F. LIX) '12. 1-2: Müller-Erzbach Gefährdungshaftung u. Gefahrtragung II. —— CX (N. F. LX). '13. 2-3: Stampe E. Aus einem Freiheitslehrbuch: IV, Grundriss der Wertbewegungslehre, I Teil (Fortsetz.), V, System der Leistungskondiktionen.

ΑΕφ. '12. 1-2: Αρβανιτοπουλλος Α. Σ., Θεσσαλικαὶ ἐπιγραφαί.

AHR. XVII. '11-12. 4: *De Sanctis G.* Ἀτθίς (W. S. Ferguson). —— XVIII. '12-13. 1: Ferguson W. S. Legalized Absolutism en Route From Greece to Rome — 2: Tenney Franck Mercantilism and Rome's Foreign Policy; *Raeder A.* L'arbitrage intern. W. S. Ferguson).

AIV. LXXI. '11-12. 10: Brugi B. I limiti di spazio nell'ord. giur.; Checchini A. Un giudice del sec. xiii, Albertano da Brescia. —— LXXII. '12-13. 3: Tamassia N. Ius affidandi. Origine e svolgim. nell'Italia merid. — 6: Brugi B. L'elogio di Allia Potesta Perugina.

AJS. XVIII. '12-13. 6: Stoops J. Religion and Social Institutions.

* Così va corretta la sigla KJRPR, a pag. 186 del volume contenente la Bibliografia arretrata.

AK. X. '12-13. 1-2: Goetz Das Wiederaufleben des r. Rechts im XII Jahrhundert. — 4: Wenger L. Ergebnisse der Papyruskunde für Rechtsvergleichung u. RG.

ALR. XLVI. '12. 6: Field W. H. Thanatopsis.

AR. XVI. '13 N. 171-2: *Costa E.* La lex Hortensia de plebiscitis (A. D. V.).

ARW. XVI. '13. 1-2: Deubner L. Lustrum; Samter E. Die Entwicklung des Terminuskultes.

ARWPh. VI. '12-13. 1: Vinogradoff P. Freie Rechtssprechung u. die athen. Demokratie; Wenger L. Das 'sonstige Recht' in § 823 BGB. u. der Münchener Papyrus 102; Binder J. Wille u. Willenserkl. im Tatbestand des Rechtsgeschäfts (*vedi* V. 2, cont.) — 2: Id. Id. (cont.).

ASI. L. '12². 1: *Pitzorno B.* Il d. r. nei docum. del duc. di Gaeta (F. Ercole, in *Notizie, Storia giurid.*). — 2: Chiappelli L. Ricerche di storia letter. del d.; *Donati B.* Il valore della guerra (R. C., in *Notizie, Storia gener.*); *Fiore P.* Consid. stor. sul d. di guerra (in *Notizie, Storia giurid.*).

ASo. III. '12 Bull. 23: *Salvioli G.* Capitalisme, *Cornil G.* Les codes mod. et le dr. r. —— IV. '13. 24: Fastrez A. Modific. politiques dues à des réformes milit. en Égypte et à Rome (*Lesquier J.* Les instit. milit.); Warnotte D. De certains empêch. sociaux aux échanges de culture (*Sagot F.* La Bretagne rom.); *Nilsson P.* Die Grundlagen des spartan. Lebens; *Bertolini C.* Appunti, Processo I. — 25: De Decker J. Sur la genèse l'organis. civique des Spartiates (À propos de *Nilsson P.* u. s.); *Costa E.* I contratti di lavoro nei papiri (D. Warnotte); *Boucaud Ch.* La première ébauche d'un droit chrétien (Id.) — 26: De Decker J. De la formation de la noblesse sous la Rép. rom. (*Gelzer M.* Die Nobilität etc.).

ASPN. XXV. '10. 2: *Ferrari G.* I docum. greci mediev. nel d. priv. (R.). —— XXVII. '12. 1: *Pitzorno B.* Il d. r. nei doc. del duc. di Gaeta (P. Fedele).

ASSO. IX. '12. 3: Ciccaglione F. Ancora della orig. della comun. dei beni fra coniugi in Sicilia ed in altri paesi bizantini ital. (A proposito di rec. studii). —— X. '13. 1-2: *Blasii De Morcone* Jus longob. et jus rom. (F. Ciccaglione); *Tamassia N.* Ius affidandi (R. Zeno).

ASWSP. XXXVI. '13[1]. 1: *Kinkel J.* Die sozialökon. Grundlagen etc. (SALZ).

Ath. '12[2]. N. 4424: *Strachan-Davidson J. L.* Roman Criminal Law.

Αθ. XXIV. '12. 3: Βασης Σ., Ζητήματα Ῥωμαικά. Ἡ περὶ τῆς τοῦ χριστοῦ καταδίκης Εὐαγγελικὴ παράδοσις πρὸς τὸ Ῥωμαϊκὸν δίκαιον παρεξεταζομένη.

Athen. I. '13. 1: CURCIO G. Minosse.

AUGe. XX. '12: CARDINALI G. Studi Graccani.

AUP. Serie Terza* III. '13. 2: ROTONDI G. Dolus ex delicto e dolus ex contractu nelle teorie bizantine sulla trasmessibilità delle azioni; VASSALLI F. E. Miscellanea crit. di d. r., I: I contratti sull' eredità del terzo vivente. Il motivo della vivi hereditas. La vendita di eredità e la dottrina dell' emptio spei.

AUT. XXXII. '13: BUONAMICI F. Nuovo studio di un argom. di d. r. (Del vero signif. e della istoria della servitus altius tollendi); COSTANZI V. I gemelli fondatori di R. e la diarchia consolare.

Aus. VI. '11: Bullett. bibliogr., Storia antichità epigrafia rom. (L. CANTARELLI).

BAF. '11: MARTROYE F. Le testament de Genséric et le dr. romain.

BCGR. I. '12. 4-5: *Donati B.* Dottrina platon. ed aristotel. del dir. (W. JAEGER) — 6: *Giorgi T.* Il decemvir. legislat. (P. P. T) — 7: *Vassalli F.* Frammento di un Indice del Dig. (T. GIORGI). —— II. '13. 1: *Biondi B.* Actio arbitraria (Id.); P. F. Girard, Onoranze (ID.).

BCH. XXXVI. '12. 5-12: PLASSART A. Fouilles de Délos; ROUSSEL P. Note additionnelle sur la liste des gymnasiarques déliens.

BECh. LXXIII. '12. 5-6: *Lacombe P.* L'appropr. du sol, *Ciccotti E.* Le déclin de l'esclavage (F. LOT).

BEDR. LVI. '12. 6: *Manigk A.* Gläubigerbefried. durch Nutzung (E. LEVY): *Litten F.* Ueb. Lo Codi... Culpa (ID). —— LVII. '13. 2-3: *Krüger P.* Gesch. d. Quellen[2] (PRINGSHEIM).

BFC. XIX. '12-13. 2-3: *Philippson R.* Die Rechtsphilos. der Epikureer (E. BIGNONE) — 4: *Jouguet P.* Papyrus grecs II. 2-4 (C. O. ZURETTI) — 6: *Sandys J. E.* Aristotles Constit. (ID.); *De Sanctis G.* 'Ατθίς (G. CARDINALI). — 10: *Rosenberg A.* Zenturienverf. (G. CORRADI); *Bertolini C.* Bibliogr.

* In questo periodico nel '11 si è ripigliata la numerazione iniziale dei volumi, senza mutare (come doveva farsi) la Serie.

BGS. XLIX. '13. 1-4: *Pöhlmann R. v.* Soziale Frage [2] (A. Huber).

BIDR. XXIV. '12. 6: Bertolini C. Bibliografia dell'ant. d. greco e rom. —— Append., Id. Id.: 1895-99 Dir. rom., Libri; 1900-06 Dir. greco e dir. rom., Libri, Periodici. —— XXV. '13. 1: Albertario E L'orig. postclassica del possesso dell'usufr.; Id. Variazioni di responsabilità nell' actio depositi derivanti da patto; Rotondi G. La responsab. dell'heres tutoris per fatto del suo autore; *Berger A.* Strafklauseln (G. Bortolucci).

BIFA. X. Le Caire '12: Maspero J. Les papyrus Beaugé.

BISI. N. 33. '12: Ferrari G. Formulari notarili inediti dell' età bizantina.

BJB. 117. '08: Domaszewsky A. Die Rangordnung des röm Heeres — 120. 1-2. '11: Barthel W. Röm. Limitation in der Provinz Africa.

BMB. XVI. 12. 3: *Kipp Th.* Humanismus u. RW. (J. Willems); *Fehr M.* Pfandrecht (Id.). — 6: *De Sanctis G.* 'Ατθίς (A. Roersch) — 10: *Kalb W.* Wegweiser in die röm. Rechtssprache (J. P. W.). —— XVII. '13. 3-4: *Swoboda H.* Griech. Staatsaltert. (H. Francotte) — 5: *Cavaignac E.* Hist. de l'antiq., Athènes (F. Mayence); *Norden F* Apuleius (P. Graindor).

BPhW. XXXII. '12. 42: *Pareti L.* Le tribù a Sparta (Th. Lenschau) — 45: *Sprenger J.* Quaest. in rhetor. rom. declam. iurid. (G. Beseler) — 48: *Fabricius E.* Röm. Verfassung (C. Bardt) — 49: *Harward Studies of Cl. Phil.* XXI, *Bury J. B.* Magistri scriniorum (J. Tolkiehn) — 50: *Kohler J.* u. *Ziebarth E.* Das Stadtrecht von Gortyn (Th. Thalheim) — 51: *Kalb W.* Spezialgrammatik (F. Lesser) — 52: *Die Kultur der Gegenwart, Wenger L.* Die Verf. u. Verw. des Europ. Altertums (A Bauer). —— Sonderheft: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* u. *Niese B.* Staat u. Gesellschaft (Th. Lenschau); *Rosenberg A.* Zenturienverfassung (E. Lammert); *Fraccaro P.* Il Processo degli Scipioni (C. Bardt); *Gradenwitz O, Preisigke F., Spiegelberg W.* Ein Erbstreit (P. Koschaker); *Jouguet P.* Vie municip. (G. Beseler). —— XXXIII. '13. 1: *Gelzer M.* Nobilität (C. Bardt) — 5: *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Additam. (G. Beseler) — 7: *Kalb W.* Wegweiser in die röm. Rechtsprache (F. Lesser) — 8: *Eger O.* Aegypt. Grundbuchwesen, *Lewald H.* Röm.-Aegypt. Grundbuchrecht (A. Manigk); *Kipp Th.* Humanismus u RW. (G. Beseler) — 11: *Beseler G.* Kritik der Quellen II (W. Kalb); *Salo-*

mon M. Naturrecht (W. NESTLE) — '12: *Vocabul. iurispr. rom.* II, 1; III, 1; V. 1 (S. BRASSLOFF) — 14: *Seckel-Kuebler* Iurispr. anteiust. II. 1 (W. KALB) — 15: *Jouguet P.* Papyrus de Théadelphie (P. VIERECK) — 17: *Willems P.* Droit publ. r.[7] (W. LIEBENAM); *Stöckle A.* Spätröm. u. byzant. Zünfte (E. GERLAND) — 18: *Triantaphyllopulos K. D.* Ὁ Φαλκίδιος νόμος (G. BESELER) — 19-20: *Schwarze K.* Altröm. Agrarprobleme (C. BARDT) — 21: *Zimmern A. E.* The Greek Commonwealth (H. SWOBODA) — 22: *Leuze O.* Censur (W. SOLTAU) — 24: *Brillant M.* Secrétaires (TH. THALHEIM) — 28: *Pubblicaz. della Società ital. per la ricerca dei papiri* I (P. M. MEYER); SOLTAU W. Zur Zenturienreform.

BSGW. LXV. '13. 1: PETERS H. Die oström. Digestenkommentare u. die Entstehung der Digesten.

BZ. XXI. '12. 3-4: *Stöckle A.* Zünfte (E. MAYER); *Sesan V.* Kirche u. Staat (P. GIDULANOW); Bibliograph. Notizen u. klein. Mitteil. (Specie " Papyruskunde " e " Jurisprudenz "). — 1-2 (agg.): Βεης N. A., Ὑπῆρχε jus primae noctis παρὰ βυζαντίνοις. —— XXII. '13. 1-2: CANTARELLI L. L' Ἔπαρχος Αἰγύπτου nei papiri di Theadelphia; SAUMAGNE CH. Etude sur la propriété ecclés. à Carthage d'après les Novelles 36 et 37 de Justinien; Bibliograph. Notizen u. klein. Mitteilungen (c. s.).

CAI. '12. 7: *Lesquier J.* Instit. milit. (A. BOUCHÉ-LECLERQ in " Livres offerts ") — 8-9: CUQ E. Un nouveau vicepréfet du prétoire; CONSTANS L. Les puissances tribuniciennes de Néron; MISPOULET J. B. Note sur un diplome milit. découvert en France. —— '13. 3-4: Découvertes à Utique par M. A. MERLIN.

CG. XLII (Quinta Serie II). '12. 10: *Mirto P.* Il reato (G. M.).

CJ. VIII. '12-13. 1: FLINT W. W. The Delatores in the Reign of Tiberius, as Described by Tacitus — 2: *Abbott F. F.* The Common People (W. A. OLDFATHER). — 3: *Zimmern A. E.* The Greek Commonwealth (L. E. LORD). —— VII. '11-12. 9 (agg.): BONNER R. J. The Organisation of the Ten Thousand.

CLR. XII. '12. 7: POLLOCK F. The Genius of the Common Law (*vedi* 3-6, cont.) — 7: ID. Id. (cont.); *Walton F. P.* Hist. Introd. to the R. Law[2] (MUNROE-SMITH). —— XIII. '13. 1 e 2: POLLOCK F. Id. (fine).

CNL. VII. '11. 1: STABILE F. Quaest. etym. (*adulterare*) — 2: *Barbagallo C.* Stato e istruz. (C CESSI) — 3-4: TERZAGHI N. Lex poenaque (Ad Horat. *A. P.* 282-4); *Barbagallo C.* u. s. (F. FOSSATI).

Corr. 10 marzo '13: Battifol P. L'édit de Milan et les origines de la liberté religieuse.

CP. V. '12. 19: Ramorino F. Ricordi letterarî e scene della Libia ant. (Un curioso dibatt. giudiziario).

CPE. XII. '11. 3-4: Lisowski Z. Z papirologii greckiej (La papirologia greca. Riassunto di *Mitteis-Wilcken* Papyruskunde); *Koschembahr-Lyskowski I. v.* Pojecie prawa (A. Peretiatkowicz).

CPh II. '07 (agg.): Winstedt E. O. Notes from Sinaitic Papyri. —— VII. '12. 4: Bonner R. J. Evidence in the Areopagus. —— VIII. '13. 2: Ferguson W. S. The Delian Gymnasiarchs; Bonner R. J. The Minimum Vote in Ostracism.

CQ. V. '11. 2 (agg): Fay E. W. Greek Βασι-λεύς — 4: Dickins G. The True Cause of the Peloponnesian War. —— VI. '12. 4: Cornford F. M. Psicology and Social Structure in the Republic of Plato.

CR. XXVI. '12. 5: Bell J. Graeco-roman Egypt (*Schwarz A. B.* Hypothek, *Gelzer M.* Byzant. Verwaltung, *Plaumann G.* Ptolemais) — 7: Hardy E. G. The Judiciary Law of Livius Drusus (Note on Appian I. 35); *Brillant M.* Secrétaires (M. N. Tod). —— XXVII. '13. 1: Thompson F. C. The Agrarian Legislation of Spurius Thorius; *Martin V.* Epistratèges (H. I. Bell) — 2: *Huschke* Iurispr. anteiust. reliquiae II. 1 (J. S. Blake-Reed); *Aristotle's Constit.* (H. Richards) — 4: *Strachan-Davidson J. L.* Criminal Law (J. S. Blake-Reed);

CSF. juillet '10 (agg.): Boucaud Ch. Un lointain précurseur des catholiques sociaux.

CW. '12. 3 febr.: *Zimmern A. E.* The Greek Commonwealth (G. W. Botsford). — 16 nov.: *Hardy E. G.* Six Roman Laws (F. G. Moore).

DC. XXX. (Seconda Serie III). '12. 1: Biondi B. Sul dolus causam dans e incidens — 8: Cogliolo P. Limiti di proprietà nascenti da rapporti di vicinanza — 9: Id. Il mediatore di matrimonii (Conciliator matrimonii) — 10: Id. La teoria della colpa.

DJ. XVIII. '13. 5: *Kübler B.* Lesebuch (W. Stintzing) — 6: *Eisele F.* Studien zur röm. RG. (B. Kübler) — 7: *Mitteis-Wilcken* Papyruskunde (Rabel) — 10: *Kalb W.* Spezialgrammatik, *Id.* Wegweiser in die röm. Rechtssprache (Bruck) — 12: *Polenske K.* Röm. Privatr. I (v. Seuffert) — 13: *Krüger P.* Gesch. der Quellen [2] (Erman).

DL. XXXIII. '12. 39: *Monossohn S.* Actio de pauperie (B Frese)

— 43: *Berger A.* Teilungsklagen — 47: *Lesquier J.* Instit. milit. (R. Grosse) — 50: *Barbagallo C.* Lo Stato e l'istruz.; *Aegypt. Urkunden... Kairo, Aegypt. Urkunden... Berlin* IV. 7-12, *Griech. Papyrusurk. der Hamburger Stadtbibliothek* I (G. A. Gerhard). —— XXXIV. '13. 2: *De Sanctis G.* 'Ατθίς (H. Swoboda); *Gradenwitz O., Preisigke F., Spiegelberg W.* Ein Erbstreit (F. Zucker) — 5: *Meltzl V. v.* Das R. als Verpflichtung (H. U. Kantorowicz) — 6: *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Addit. (P. Krueger). — 12: *Norden M.* Apuleius (O. Lenel) — 13: *Savigny-Pacchioni* Obblig. I (A. Berger) — 14: *Collinet P.* Etudes hist. sur le droit de Just. I (R. v. Mayr) — 17: *Kniep F.* Der Rechtsgel. Gaius (F. Lesser) — 20: *Polenske K.* Gesch. d. r. Privatr. I (O Lenel) — 25: *Krüger H.* Prätor. Servitut (B. Frese) — 26: *Krüger P.* Gesch. d. Quellen[2] (R. v. Mayr) — 29: *Alivisatos H. S.* Kirkl. Gesetzgeb. (G. Krüger).

EHR. XXVII. '12. 1: *Barbagallo C.* Stato e istruz. (A. G.) — 3: *Zimmern A.* The Greek Commonwealth (H. J. Cunningham).

Eo. XVIII. '12. 2: *Costa E.* Cicerone giurecons. I (A. Berger); *Schubart W.* Papyri Berolinenses graecae (Id.). —— XIX. '13. 1: *Mitteis-Wilcken* Papyruskunde, *Helbing R.* Griech. Papyri, *Laudien A.* Id., *Pubblic. Società Italiana... papiri* I, *Lesquier J.* Papyrus de Magdola, *Dikaiomata* (Id.); *Norden F.* Apuleius (Id.).

Er. XI. '11: 3-4: Rudberg G. Eine jurist.-philol. Abhandlung (*Fehr M.* Pfandrecht) Bemerküngen. —— XII. '12. 1-4: Nilsson M. P. Den ekomiska grundvalen för Augustus principat.

Exp. VIII Ser. I. 11[1]: Emmet C. W. The Teaching of Hermas and the First Gospel on Divorce; Moulton J. N. and Milligan G. Lexikal Notes from the Papyri (XXIII... Σπένδω, σπονδή). —— II. '11[2]: Idd. Id. (XXIV Συκοφαντέω).

Fil. XXXVII. '12. 9-10: Miadonna E. Transactio civilis et metus reverentialis nel d. r. e nella legisl. mod. — 11-12: Albertario E. Il possesso dell' ager vectigalis. —— XXXVIII. '13. 1*: Vaccari P. Contractus cohaerentia. Contrib. alla teoria dei pacta nella dottr. medioev.; Fazzari A. Sulla legge Procula; Castelli G. Intorno all' orig. dell' obbligo di dotare in d. r. — 2: De Francisci P. Il P. Lips. Inv. n. 136 e un' opinione del Mitteis; *Collinet P.* Etudes... droit de

* Continuando la pubblicazione bimensile, si adotta la numerazione singola, anziché doppia, come prima, dei fascicoli.

Just. I (C. Bertolini) — 4: Invrea G. Ricerche di d. pubbl. r. nelle Vite dei Cesari di Svetonio (Tesi Torino).

FZ. '12 N. 145: Zielinski Th. Recht u. Macht im antiken Staate.

Gai. II. 1. 12: Pineles S. Die drei Stufen der Rechtsverglei chung; Id. Die Lösung des zivilrechtl. Problems der laesio enormis mit Hilfe der Rechtsvergleichung u. der Nationalökonomie (*vedi* I· 6-8, fine); Mayer V. Die Quaestio Domitiana in den schweizer. Kantonsrechten; Pineles S. Dies non, die nefasti. Nöllelestage.

GD. XX. '12. 3: Chiaudano M. Dante e il dir. rom. (*vedi* 2, fine·-

GGA. CLXXIV. '12. 11: *Oxyrh. Papyr.* VIII (K. F. W. Schmidt)· —— CLXXV. '13. 1: *Koschaker P.* Babyl.-assyr. Bürgschaftsrecht (M. Schorr u. J. Partsch). — 2: *Leuze O.* Zensur (W. Aly) — 3: *Walek T. B.* Delph. Amphiktyonie (E. Rüsch u. H. Pomtov).

GI. Quinta Serie LXIV. '12. 12: *Savigny C. F.-Pacchioni G.* Obbligazioni I.

GI IV. '12. 1-2: Fraenkel E. Graeca-latina (θέμις, testimonium); Kretschmer P. Zum Namen der Themis.

H. XLVI. '11. 4 (agg.): Dessau H. Gaius Rabirius Postumus. —— XLVII. '12. 2 (agg.): Fredershausen O. Weitere Studien üb. das R bei Plautus u. Terenz, *a* Familienrecht u. Erbrecht — 4: Viedebantt O. Metrolog. Beiträge. —— XLVIII. '13. 1: Huelsen Ch. Weihinschrift an Claudius. — 3: Rosenberg A. Studien zur Entstehung der Plebs; Brassloff S. Die rechtl. Bedeut. der Inauguration beim Flaminat.

Her. XIX n.° 37. '11: Goligher W. A. The Greek Commonwealth (*Zimmern E. A.* Id.).

HJ. XXXIII. '12. 3: *Pölhmann R. v.* Gesch. der sozialen Frage u. des Sozial.² (W. C.).

HLR. XXVI. '12-13. 2: *Walton F. P.* Histor. Introd. to the R. Law (R. P.). — 5: Leonhard R. The Vocation of America for the Science of Roman Law — 6: *Krüger P.* Gesch. der Quellen² (W. S. Mcn.).

HZ. CX (Dritte Folge XIV). '12-13. 1: *Davis W. S.* Wealth (A. B.); *Stein A.* Verwaltungsbeamten (Br.).

IF. XXVIII. '11. 4-5: Brugmann K. Griech u. lat. Etymol. (*populus*).

JAIW. XIV. '11. 2: WILHELM A. Die lokrische Mädcheninschrift. —— XV. '12. 1: SAUCIUC TH. Neue Attische Grenz- und Hypothekensteine.

JCL. New Ser. XIII. 1 (N. XXVII). '13: PHILLIPSON Jacques Cujas.

JFA. CLVI a. XL. 12: BIBLIOTHECA SCRIPTORUM CLASSICORUM hrsg. von R. KLUSSMANN. Literatur 1878–1896, voce *Leges*. —— CLXIII a. XLI. '13. 1-2: BLÜMNER H. Bericht üb. die Literatur zu den griech. Privataltertümern in den Jahren 1901-10.

JG. XXXIII. '10 (pubbl. nel '12): Altertum... Römer (W. LIEBENAM).

JHS. XXXII. '12. 2: GRUNDY J. B. The Policy of Sparta; *Aristotle's Constit. of Athens*. —— XXXI. '11 (agg.): ARKWRIGHT W. Penalties in Lucian Epitaphs of Hellenistic and Roman Times. —— XXXIII. 13. 1: CASPARI M. O. B. On the Revolution of the Four Hundred at Athens; GUY DICKINS The Growth of Spartan Policy. A Reply; *Cavaignac E.* Hist. de l'antiq., Athènes; *Hermann K. F.* Lehrbuch etc., *Swoboda H.* Gr. Staatsalt.

JJ. (Zweite Folge) XXVI (LXII). '13 1-4: LAST A. Fragen der Besitzlehre (cont.).

JL. XXIV. '12. 7: *Kübler B.* Lesebuch d. röm. R. — 10: *Haymann F.* Die Haftung des Verkäufers (P. OERTMANN). —— XXV. '13. 4: *San Nicolò M.* Vereinswesen (DELIUS).

JNS. III Folge XLIV. '12 ². 6: AUBIN G. Der Einfluss der Rezeption des r. R. auf den deutschen Bauernstand.

Jog. IX. 10. TROCSÁNYI J. A munkaszerzödések magánjogi jellege (I contratti di lavoro in rapporto al dir. priv.).

JPh. XXXII N. 63. '12: HARDY E. G. The Speech of Claudius on the Adlection of Gallic Senators; ID. Notes on the Lex Iudiciaria of Gracchus, the Lex Servilia of Caepio and the Lex Thoria. — N. 64. '13: ID. The Policy of the Rullan Proposal in 63 b. C.

JPhVB. XXVIII. '12: *Wegehaupt W.* Ciceros Rede pro C. Rabirio perduellionis reo, *Costa E.* Cicerone giurec. (F. LUTERBACHER); *Mesk J.* Solventur risu tabulae (Horaz. *Sat.* II. 1. 86), *Herzen N.* Horace et le vadim. desertum (H. RÖHL).

JR. XXIV. '12-13. 3: BETTS A. Mariage in Olden Times; *Strachan-Davidson J. R.* Rom Criminal Law (W. DUNBAR); *Buckland*

W. W. Elem. Principles of the R. Priv. L. (Id.). —— XXV. '13-14. 1: *Moyle J. B.* Justin. Instit.[5]

JRP. '12: Stein A. Die kaiserl. Verwaltungsbeamten unter Severus Alexander.

JRS. I. '11. 1 (agg.): *Pelham H. F.* Essays (P. E. Matheson) — 2: *Phillipson C.* Internat. Law (L. E. M.); *Bussell F. W.* The Roman Empire (E. Barker). —— II. '12. 1: Reid J. S. Human Sacrifices at Rome and Other Notes on Roman Religion; *Abbott F. F.* Society and Politics, *Id.* The Common People (W. W. Fowler) — 2: Haverfield F. Notes on Tacitus (Ann. 1, 2; 1, 10; 1, 14); *Strachan-Davidson J. L.* Criminal Law (I. S. Reid); *Hardy E. G.* Roman Laws and Charters (J. Wells).

JS. Nouv. Série X. '12. 9: *Papyrus grecs... Lille* II. 2-4 (M. Croiset). —— XI. '13. 1: Glotz G. Le prix des denrées à Délos; *Louis P.* Travail (M. Besnier). — 2: *Lesquier J.* Instit. milit. (G. Radet); *Hohlwein N.* L'Égypte rom. (R. Cagnat) — 4: Cavaignac E. Le principe de la répartition des centuries (*Rosenberg A.* Zenturienverfassung) — 5: Glotz G. Les salaires à Délos (cont.); *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Additam. (R. C.) — 6: Glotz G. Id. (fine).

JVe. '13. 1: *Frese B.* Ocerki etc. (S. Sabinin) — 2: Frese B. Papirologija i eja znacenije deja jurista (La papirologia e la sua importanza per il giurista).

JZ. '11. 1: Frese B. Greko-egipetskije častno-pravovyja dokumenty (Docum. di dir. priv. greco-eg.). —— '12. 1-2: *Pampaloni M.* Questioni di dir. giust. I (A. Bělikow).

KJRPh. XII. '09-10. 1 (pubbl. nel '12): *Bruns-Gradenwitz* Fontes (J. Köhm).

Kl. XII. '12. 3: Cavaignac E. La population du Péloponnèse au ve et ive siècle; Nilsson M. P. Die Grundlagen des spartan. Lebens; Swoboda H. Zur Beurteil der griech. Tyrannis; Schubart W. Griech. Inschriften aus Aegypten; Stein E. Zum Gebrauch des prokonsul. Titels seitens der röm. Kaiser — 4: Preisigke F. Das Wesen der Βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων; Gummerus H. Darstellung eines Sklavenverkaufs auf einem Grabstein in Capua. — X Beiheft. '12: Stech B Senatores Romani qui fuerint inde a Vespasiano usque ad Traiani exitum. —— XIII. '13. 2: Holleaux M. Les décrets des villes crétoises pour

Téos; BELL H. I. Syene Papyri in the British Museum; CASPARI M. O. B. On Some Problems of Roman Agrarian History.

KVGR. L. (Dritte Folge XIV). '12, 3: *Beseler G.* Kritik der r. Rechtsquellen (A. BERGER) — 4: *Raape L.* Verfall des griech. Pfandes (P. KOSCHAKER); *Zucker F* Gerichtsorganis. (E v. DRÜFFEL); *Klussmann R.* Bibliotheca script. class., voce *Leges* (W. PFEIFFER); WENGER L. Neue Rechtsurkunden (*Oxyr. Papyr.* IX). —— LI (XV). '13. 1: *Frese B.* Umrisse des griech.-ägypt. Rechts I [in russo, *vedi qui* pag. 280] (F. HELLMANN) — 2: *Krüger P.* Gesch d. Quellen[2] (L. WENGER); *Papyrus grecs... Lille* II. 2-4 (E. v. DRUFFEL).

LQR. XXIX. '13. 1: *Strachan-Davidson J. L.* Criminal Law; *Buckland W. W.* Rom. Private Law — 2: DE ZULUETA F. The Recent Controversy about Nexum; *Norden F.* Apuleius.

LUA. N. F. Afd. 1. VIII. '12. 1: BERGMAN C. G. Beiträge zum röm. Adoptionsrecht.

LZ. LXIII. '12· 34 (agg.): *Samter R.* Nichförml. Gerichtsverf. — 40: *Berger A.* Teilungsklagen (H. KRÜGER) — 42: *Kalb W.* Wegweiser in die röm. Rechtssprache — 5: *Riezler E.* Venire contra factum proprium — 47: *Griech. Papyr. Giessen* I. 3 (A. STEIN) — 49: *Kniep F.* Gai Instit I. —— LXIV. '13. 1; *Mayr R. v.* Röm RG. I — 3: *Taubenschlag R.* Vormund. (E. WEISS) — 4: *Griech. Papyrus... Strassburg* I. 3 (A. STEIN) — 6: *Raape L.* Griech. Pfand (E. WEISS); *Bertolini C.* Appunti, Processo civ. I (A. BERGER) — 9: *Gelzer M.* Nobilität (W. SOLTAU). — 12: *Papyrus grecs... Lille* II. 2-4 (A. STEIN) — 19: *Pöhlmann R. v.* Soziale Frage[2] — 24: *Stech B.* Senatores romani etc. (A. STEIN); *San Nicolò M.* Vereinswesen I (... D) — 25: *Alivisatos H.* Kirchl. Gesetzgebung (G. RAUSCHEN) — 26: *Dikaiomata* (E. WEISS). —— LXIII. '12. 4 (agg.): *Kinkel J.* Die sozial-ökon. Grundlagen etc. (SANGE).

MAB. VI. '11-12 (agg.): BRINI G. Il fr. 50 Dig. XIX. 1 e la cessio bunorum; ID. Capacità e volontà in una regola testam. romana. —— VII. 12-13: COSTA E. Nuove osservaz. sopra le locaz. greco-egizie di fondi rustici.

MABe. 2° Série, Collection 8°, VIII, '12: HOHLWEIN N. *vedi qui* pag. 283 e 308.

MAF. LXXI (Huitième Série I). '11: PALLU DE LESSERT A. CL. Les colonies attribuées à César (coloniae Juliae) dans l'Afrique romaine.

MAGW. '12. 2: SCALA R. VON Bevölkerungsprobleme Alt-Italiens.

MAI. XXXVIII. 2. '11: REINACH TH. L'anarchie monétaire et ses remèdes chez les anciens Grecs. —— XXXIX. '12 e '13: CUQ E. Le sénatus-consulte de Délos de l'an 166 avant notre ère.; ID. Un nouveau document sur l'apokèryxis.

Marz. XVII. '12. 16: L'usura a Roma (Sunto di *Louis P.*, *qui* a. XXIV pag. 324). —— XVIII. '13. 11: L'assicur. sulla vita presso i R. (*Jack A. F.* Life Assur.).

MB. XVII. '13. 1: HOHLWEIN N. Papyrus choisis. Traduction et commentaire (*cfr. qui* pagg. 283 e 307) — 2: FRANCOTTE H. Etude sur Demosthène, I Demosthène et le théorique.

MDAI. *AA*. XXXVII '12. 2: SAUCIUC TH. Ein Adriansbrief u. das Hadriansgymnasium in Athen; ID. Zu IG. II 5, 85 b.

MHL. XL. '12: *Wenger L.* Vorbericht üb. die Münchener byzant. Papyri (F. HIRSCH).

MLR XI. '12-13. 2: *Stephenson A.* Hist. of R. Law (J. H. D.).

Mne. N. S. XL. 12. 4: NABER J. C. Observat. de iure rom.: CIII De hered. possessore, CIV Ad edictum de inofficioso. —— XLI. '13. 2: ID. Id.: CV De iudiciis in rem duplicibus I.

Mon. XX. '10: TRENDELENBURG A. A contrib. to the History of the World 'Person' (trad. dal ted.); CARUS P. Person and Personality.

MT. LIII (Serie Seconda XV). '12. 23: *Rotondi G.* Atti in frode (E. ALBERTARIO) — 43: *Savigny C. F.-Pacchioni G.* Obblig. I (A. FOÀ).

Mus. XIX. '11-12: *Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde (A. BOESER). —— XX. '12-13. 2: *Reinach Th.* Anarchie monét. (BOISSEVAIN); *Brillant M.* Sécret (v. HILLE) — 3: *Jouguet P.* Vie municip. (ENGERS) — 5: *Cuq E.* Le sénatuscons. de Délos de l'an 166 av. notre ère (v. GELDER) — 6: *Kohler J.* u. *Ziebarth E.* Das Stadtrecht von Gortyn (v. HILLE).

NBAC XXIX. '13: SANTUCCI C. L'Editto di Milano nei riguardi del diritto (*cfr. qui* pag. 314).

NC. I. '13. 1: *Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde (L. CANTARELLI).

NCh. '12. 2: MCCLEAN J. R. The Elements of Primaeval Finance

NJKA. XXXI a. XVI. '13. 1: Wissowa G. Die neueste Gesammtdarst. der Altertumswiss. (*Einleit. in die Alt.* hrsg. von *A. Gercke* u. *E. Norden*; vedi Keil B., Neumann K. J. in a. XXIV) — 2: *Pöhlmann R. v.* Gesch. d. sozialen Frage[2] (W. Nestle).

NRH. XXXIV. '12. 4: Desserteaux F. Contrib. à l'étude de l'Édit. Formation de la théorie prétor. relative aux dettes contractuelles en cas de capitis demin. minima; *Beseler G.* Kritik der Rechtsquellen (H. Pissard) — 5: Girard P. F. L'enseign. du d. r. en '12 (Discours); Chénon E. Recherches histor. sur quelques rites nuptiaux; *De Zulueta F.* Patronage (G. Testaud) — 6: *Girard P. F.* Textes de d. r.[4] (F. Senn). —— XXXVII. '13. 1: *Costa E.* Storia del d. priv. r. (J. Duquesne); *Marchi A.* Oblig. I (Id.) — 2: Monnier H. et Platon G. La meditatio de pactis nudis; Senn F. La forme originelle de la donatio mortis causa, Id. La forme la plus récente id.; *Jouguet P.* Vie municip., *Id.* Papyrus de Théadelphie (P. Collinet). —— XXXII. '08 (agg): Genestal R. Les origines du privilège clérical.

NTF. IV R. I. '11-12. 3: Raeder H. Papyrusfundene i Oxyrh. IX. — 4: *Westrup G. W.* Romersk Krigsret (S. Pantzerhielm Thomas).

NZ. XLIV (N. F. IV). '11. 2: Kubitschek W. Statthalter der Provinz Thracien (Juventius Celsus).

OeL. '12. 9: *Gelzer M.* Byzant. Verwaltung (C. Wessely).

OeZ. XXX. '12. 11: *Calogirou G.* Arrha — 12: *Krüger P.* Gesch. der Quellen[2]; *Kübler B.* Lesebuch. —— XXXI. '13. 2: Weiss E. Fälschliches Leugnen des Besitzes im Eigentumstreit; *Mayr R. v.* Röm RG. II. 1. — 4: *Id.* Id. II. 2.

OL. XIII. '10. 05: *Spiegelberg W.* Die demot. Papyrus der Musées royaux du Cinquantenaire (W. M. Müller) — 6: *Steindorff G.* Die ägypt. Gaue (A. Wiedemann). —— XIV. '11. 5: *Fitzler K.* Steinbrüche (C. Niebuhr). —— XV. 12. 5: *Hirzel R.* Steinigung.

PA. LIV. '12. 4: *Wilamowitz-Moellendorff U. v.* und *Niese B.* Staat u. Gesellschaft (J. Stern).

PAM. I. '13: Oberziner G. Patriziato e plebe nello svolgim. delle origini rom. Appunti critici.

Pol. CXXVII (Deux. Série LXXVII) 13[1]. 4: *Cezard L.* Persée. contre les Chrétiens (A. Baudrillart) — 6: *Pineles S.* et *Herzen N.* Questions de dr. r. (M. Lambert «Jurisprudence»).

PPA. XXXVII. '12. 8, 9, 10: Longchamps R. Studya etc. (vedi

Bull. a. XXIV pag. 318, cont.) — 12: Id. Id. (fine); *Kalb W.* Wegweiser in die röm. Rechtssprache (A. Berger). —— XXXVIII. '13. 3: *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Addit. (A. Berger); *Zoll F. sen.* Pandekta II (Id.). — 4: † Hofmokl F. Istota litis contestationis w procesie rzymskim per legisactionem (La natura della l. c. nel proc. rom. etc.) — 5: *Kübler B.* Lesebuch (A. Berger) — 7-8: † Hofmokl F. Id. (fine); *Krüger P.* Gesch. d. Quellen[2] (A. Berger).

Praw. I. '12. 8: *Girard P. F.* Textes de dr. r.[4] (A. Berger). —— II. '13. 2: *Kniep F.* Gai Inst. II §§ 1-96 (A. Berger) — 5: *Kübler B.* Lesebuch (W. Rappaport).

PSQ. XXVII. '12. 4: *Zimmern A. E.* Greek Commonwealth (G. W. B.). —— XXVIII. '13. 1: *Davis W. S.* Wealth (R. F. Scholz) — 2: *Tucker T. G.* Life in the Roman World etc. (Id.).

R. XXIVe année, VIe Série, Vol. CIII, 15 juillet: Faguet E. Les persécutions dans l'antiquité (*Bouché-Leclercq A.* L'intolérance relig.).

RA. XX. '12[2]. 2: *Papyrus grecs... Lille* II. 2-4 (S. R.); *Lesquier J.* Instit. milit. (Id.) — 3: *Maspero J.* Papyrus grecs d'époque byzant. (J. Jalabert); Cagnat R. et Besnier M. Revue des public. épigr. relatives à l'antiq. rom.

RAfr. '12. 4: Carcopino J. La table de patronat de Timgad.

RAL. Serie Quinta XIX e XXI. '10 e '12 (agg.): Pais E. Circa la natura e l'età della lex latina di Eraclea. —— XX. '11. 1-4: (agg.); Voglino A. Note epigraf. (Bando di locaz.) — 5-6: Giorgi T. I fasti consolari e la critica. —— XXI. '12. 5-6: Brugi B. Per la proprietà demaniale delle cose aventi carattere di tesoro.

RASB. V. '11-12: Brini G. Morale e dir. nel fr. 5 § 1 Dig. *de servo corrupto* XI. 3; Id. Una decis. dell'imperat. Adriano e l'articolo 942 del Cod. civ. ital. —— VI. '12-13: Costa E. L'elogio di Allia Potestas.

RCHL. Nouv. Série LXXIII a. XLVI. '12[2]. 39: *Abbott F. F.* The Common People (R. C.) — 43: *Gradenwitz O. etc.* Ein Erbstreit (G. Maspero) — 45: *Stein A.* Die kaiserl. Verwaltungsbeamten (C.) — 46: *Lesquier J.* Instit. milit. (J. Maspero); *Institut papyrologique... Lille, Papyrus grecs* II, 2-4 (Id.); *Aegypt. Urkunden... Berlin, Griech. Urkunden* IV. 19 (Id.) — 48: *Leuze O.* Censur (E. T.) — 52: *Cavaignac E.* Hist. de l'antiq., II Athènes (G. Glotz). —— LXXIV a. XLVII. '13[1], 9: Cavaignac E. Lettre (relativa alla rec. c. s.) —

17: *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Addit. (E. T) — 22: *Klio* XII (My.) — 23: *Pareti L.* Tribù a Sparta (Id) — 24: *Norden F.* Apuleius, *Collinet P.* Droit de Just. I, *Mélanges P. F. Girard* (E. T.).

RDC. X. '12. 8-9: *Marchi A.* Obblig., *Savigny C. F.-Pacchioni G.* Obblig. I, *Manenti C.* Condiz. risolutiva tacita (in "Libri e Riviste") — 12: Pacchioni G. Il jus prohibendi del condomino in due recenti pubblic. (*Fadda C.* Consortium, *Perozzi S.* Un paragone ecc.); con Postilla di P. Bonfante. —— XI. '13. 1: *Segrè G.* La denominaz. d'actio confessoria (in "Libri e Riviste") — 2: Pacchioni G. La success. singol. nei debiti — 6: Id. Aggravamento e attenuamento convenzionale in tema di responsabilità contrattuale — 7: Perozzi S. Condominio e collegialità negli scritti di due miei censori; con Postilla di P. Bonfante.

RDCi. IV. 12. 6: Corte-Enna G. L'animus novandi e l'art. 2056 del Cod. civ. —— V. '13. 3: L'epistolario di Rodolfo Jhering (A. Ascoli, in « Varietà »).

RDI. XLIV (Deux. Série XIV). '12. 3: *Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde, *Nouv. Revue Histor. etc.* XXXIV, *Eisele F.* Studien zur röm. RG., *Dernburg H.-Sokolowski P.* System II (G. Cornil) — 5: Cornil G. Les codes modernes et le droit romain (*cfr. qui* a. XXIV pag. 308) — 6: *Kübler B.* Utilitätsprinzip, *Kuttner G.* Urteilswirkung, *Zocco-Rosa A.* La tavola di Narbona, *Calogirou* Arrha, *Bullett. dell'Ist. di d. r.* XXII (Id.). —— XLV (XV). 2: *Griech. Papyrus... Giessen* I. 3, *Seckel-Kübler* Iur. Ant. I e II. 1, *Girard P. F.* Textes [4], *Costa E.* Cicer. giurec., *Norden F.* Apuleius, *Pacchioni G.* Append. a *Savigny* Obblig., *Mayr R. v.* Röm. RG. I (G. C.) — 3: Cornil G. La quaestio domitiana en dr. comparé.

RDiP. IV. '12. 7-8: *Giorgi T.* Il decemvir. legislativo (G. Secchi).

RDM. LXXXIIIe année, Sixième période. Tome XVIe, 2e livr., 15 juillet '13: Pichon R. La liberté de conscience dans l'anc. Rome. A propos du XVIe centen. de l'Édit de Milan.

REG. XXV. '12. 3 (N. 113-4): Kuiper K. Le mariage de Cydippé. Étude sur le rite prénuptial de Naxos — 4 (N. 115): *Brillant M.* Secrét. athén. (G. Glotz). —— XXVI. 13. 1. (N. 116): Glotz G Notes sur les comptes de Délos; *Bonner R. J.* Admin. of Justice in the Age of Hesiod (P. Waltz); *Eger O.* Aegypt. Grundbuchwesen (T. Reinach); *Noailles P.* Novelles de Justinien (Id.); *Oxyrh. Papyri* IX (Id.).

REH. '12 mai-juin: CAVAIGNAC E. la population d'Italie au IIIe siècle avant J.-C.

REP. XXVI. '12. 4: *Platon G.* Banquiers (J. LESCURE) — 6: *Louis P.* Travail (CH. GIDE).

RF. IV. '12 5: DONATI B. Il valore della guerra e la filosofia di Eraclito.

RFIC. XLI. '13. 1: Griech. Papyrus... Giessen I. 3 (D. BASSI) — 2: *Pöhlmann R. v.* Soziale Frage[2] (C. BARBAGALLO).

RGD. XXXVI. '12. 4: LABORDERIE-BOLOU P. La tradition et l'esprit novateur dans l'œuvre de Dumoulin; DE LA GRASSERIE R. Personific. et réalisation juridiques (*vedi* 3, fine), *Pichon R.* Hommes et choses de l'anc. R. (O. PETIT) — 5: LABORDERIE-BOULOU P. Recherches sur les origines de la responsabilité notariale; CAUVIÈRE J. Le lien conjugal du divorce, Le Bas-Empire (*vedi* 2, cont.); *Sagot F.* La Bretagne rom. (E. THUNOT); *Ferrari G.* La degener. della stipul. (S. BERGE) — 6: APPLETON CH. Le fragment 16 D. XXII. 4; *Cavaignac E.* Hist de l'antiq., Athènes (J. LEFORT). —— XXXVII. '13. 1: APPLETON CH. La législ. de Justinien (*Collinet P.* Etudes histor. id. I) LEFORT I. Les banquiers à Rome (*Platon G.* Id.); *Mélanges Cagnat* (J. B. MISPOULET) — 2: CAUVIÈRE J. u. s. (cont.); BERGE S. Le régime légal des mines dans l'Afrique du Nord (*Arin F.* Id.); *Mélanges P. F. Girard* (ID.) — 3: *Bornecque* et *Mornet* Rome et les Romains (V. TEISSIER).

RGK. IV. '11. 1: LINDNER J. Kellmünz, Römische Skulpturen.

RGLJ. CXXI a. LX. '12[2]. 1: *Annuario dell' Ist. di St. del d. r.* XI-XII, *Zocco-Rosa A.* I gentiles, *Id.* Gli albori della st. del d. r. (P. DORADO).

RH. CXI a. XXXVII. '12[3]. 2: Bullettin histor. Hist. byzant. Publications des années '10-12 (L. BRÉHIER). —— CXII a. XXXVIII. '13[1]. 1: Id. Antiq. rom. (cont.) (J. TOUTAIN). —— CXIII a. XXXVIII. '13[2]. 1: HOMO L. L'empereur Gallien et la crise de l'Empire au IIIe siècle (cont.); Bulletin histor., Antiquités latines, Publications étrangères (CH. LÉCRIVAIN) — 2: HOMO L. u. s. (fine); Bull. hist., Antiq. rom. (J. TOUTAIN, fine).

RHR. LX a. XXX. '09[2]: MONCEAUX P. L'Église donatiste avant Saint Augustin. —— LXI a. XXXI. '10[1]: ID. Id. au temps de S. A. —— LXII a. XXXI. '10[2]: GOGUEL M. Juifs et Romains dans l'hist'

de la Passion. —— LXIII a. XXXII. '11[1]: MONCEAUX P. u. s. après S. A. —— LXIV a. XXXII. '11[2]: ID. u. s. Organisation et caractères; *Bouché-Leclercq A.* L'intolér. religieuse (F. NICOLARDOT).

RIDC. VI. '13. 1-4: *Bertolini C.* Appunti did., Processo civ. I (A. TAMBOUR).

RIE. LXIV a. XXXII. '12[2]. 12: Les noces d'argent de M. R. CAGNAT; Le jubilé de M. F. GIRARD; *Collinet P.* Études hist. sur le droit de Justinien I. —— LXV. '13[1]. 4: *Mélanges P. F. Girard* (P. VIARD).

RIFGFS. Febbraio '13: FRANCOTTE E. La funzione economica dei porti nell'antica Grecia (cfr. mia Bibliogr. '00-06, pag. 282).

RIL. Seconda Serie XLV. '12. 19: DE MARCHI A. Rapporti di parentela fra patroni e liberti nei titoli epigrafici. —— XLVI. '13. 1: ZUCCANTE G. Rendiconto ecc. (*Novati F.* Il compil. della Lombarda, *De Francisci P.* Indice del Dig., *Visconti A.* Permuta, *Albertario E.* Quasipossesso dell'usufr., *De Marchi A.* Infrequentia nei comizi, *Id.* Plebe e patriziato, *Id.* Sincerità del voto, *Id.* Patroni e liberti) — 6: ALBERTARIO E. Responsabilità post annum e responsab. degli eredi nell'interd. unde vi — 7: ID. Respons. fino al limite dell'arricchim. nell'actio tributoria e nell'actio de peculio — 10: ID. Respons. fino al limite dell'arricchim. nelle azioni pretorie concesse in luogo delle azioni penali contro l'erede.

RIS. XVI. '12. 3-4: BELOCH G. Storiografia e scienza storica; *Louis P.* Travail.

RISG. LI. '12. 3-4: *Corpus iur. civis.* I[12] (E. ALBERTARIO); *Chiappelli L.* Nuove ricerche su Cino da Pistoia (A. ZOCCO-ROSA); *Bekker E. I.* Grundbegriffe des R. (ID.). —— LII. '12-13. 1: BUONAMICI F. Recit. sol. ad leg. 65 D. 41. 1; ALBERTARIO E. Contrib. allo studio della proced. civ. giust., I Actiones e interdicta; *Marchi A.* Obbligaz. (G. SEMERARO) — 2-3: PAMPALONI M. Questioni di diritto giustinianeo II (I in vol. XLIX); ARANGIO-RUIZ V. Appunti sui giudizi divisori. A proposito di un libro rec. (*Berger A.* Teilungsklagen); CARRARA G. La caducità nell'enfiteusi II (*vedi* L. 2-3, cont.).

RISo. XIX. '11. 11: *Billia M.* Un economista greco (R. MAUNIER). —— XX. '12. 11: *Louis P.* Le travail (ID.). —— XXI. '13. 3-5: BONNET G. La philosophie du droit chez Savigny.

RISS. LX a. XX. '12[3]. 1: GUIDA U. L'evoluz. storica del tiro-

cinio industriale — 2 e 4: Bonolis G. Il dir. maritt. medievale nell'Adriatico. —— LXI a. XXI. '13[1]. 2: Bonolis G. c. s. — 3: Santucci E. L'Editto di Milano specialm. nei riguardi giurid. (*cfr. qui* pag. 308); Bonolis G. c. s. — 4: *Battifol P.* L'Édit de Milan et les origines de la liberté relig. (in «Sunto delle Riviste»). —— LXII a. XXI. '13[2]. 1: Toniolo G. Problemi ed ammaestram. sociali dell'età constantiniana (cont.) — 2: *Costantino Magno e la unità cristiana, Le innovaz radicali legisl. di Costantino ecc.* (in «Sunto delle Riviste»); *Arin F.* Mines (C. Grilli); *Hartmann L. M.* Spätant. u. frühmittelalt. Staat (Id.).

RJC. XVIII '12. 2 e 3: Marty y Miralles I. La excepción *non numerata pecunia* y su renuncia.

RMM. XXI. '13. 2: Robin L. Platon et la science sociale.

RMo. VII. '12. 3: Louis P. Le travail dans l'antiq. rom. (*cfr. qui* a. XXIV p. 292).

RMPh. N. F. LXVII, '12. 4: Bannier W. Zur Stilistik der älteren griech. Urkunden; Seeck O. Polit. Tendenzgesch. des v Jahrh. n. Chr.; Stahl J. M. Nachtrag üb. die εἰσφορά. —— LXVIII. '13. 2: Lenschau Th. Der Staatsreich der Vierhundert.

RP. LXXX (Quarta serie XXVI) a. XXXVIII Q. S. XIII '12[2]. 5: Messina S. La prova per testimoni nel proc. penale del Medio evo. —— LXXXI (XXVII). '13[1]. 5 e 6: Tolomei A. D. L'evoluz. storico-giurid. del delitto di truffa.

RPa. XIX. '12. 18: Cavaignac E. Sparte.

RPh. N. S. XXXVI. '12. 3-4: *Pöhlmann R. v.* Gesch. d. sozialen Frage[2] (G. Matthieu); *Gummerus H.* Die Fronden der Kolonen (P. L.).

RPL. LI. 13[2]. 2: Chaigne G. Panem et circenses (cont.).

RPP. LXXI a. XIX. '12[1]. 1: *Girard P. F.* Mélanges de dr. r., I Hist. des sources (F. F.).

RQH. XCII (N. S. XLVIII a. XLVIII[1]). '12[2]. 2 e XCIII (XLIX a. XLVII[2]). '13[1]. 1: Chronique d'hist. anc. grecque et rom. (M. Besnier). — 2: *Allard P.* Servage (P. Guiraud).

RS. XXIV a. XX. '13. 4: Rassegna bibliogr. storica, *Cavaignac E.* Athènes (G. Prato).

RSH. XXIV. '12[1]. 3 e XXV. '12[2]. 1 e 2: Reinach A. Atthis. Les origines de l'État athénien I-III (*De Sanctis G.* Ἀτθίς). — 3: *Brillant M.* Secrétaires (V. Chapot); *Lesquier J.* Instit. milit. (Id.).

RSI. XXX (Quarta Serie V*) '13. 2: *Pflüger P.* Soziale Frage (C. Barbagallo); *Fosco C.* Singrafa (U. Fortini del Giglio).

RUB. XVIII. '12-13. 5: Vauthier M. Meubles et immeubles.

SAM. '13. 1: Pöhlmann R. v. Isokrates u. das Problem der Demokratie. *

SAW. 166. 1 e 3, '11 e '12: Wilhelm A. Neue Beiträge zur griech. Inschriftenfunde I e II.

Sc. XI a. VI. '12[1]. 3. N. 23: Perozzi S. Precetti e concetti della evoluz. giur. —— XIII a. VII. '13[1]. 3. N. 29: Cardinali G. Le ripercussioni dell'imperialismo sulla vita int. di Roma. —— XIV a. VII. '13[2]. 4. N. 30: Id. Roma e la civiltà ellenica.**

SEGC. V. '13. 1: Arangio-Ruiz V. Osservazioni sul sistema della success. legitt. nel d. dei papiri.

SHA. '12. 8: Bekker E. I. Das R. als Menschenwerk u. seine Grundlagen. —— '13. 8: Gradenwitz O. Zum Falscheid des Papyrus Halensis I (Δικαιώματα)

SoR. '12. 3: Newbold J. The Birth of Roman Capitalism.

SPS. XIII. '12-13. 2: Heyrovsky L. Studie k civilnímu procesu římskému (Studi sul proc. civ. r.), IV Denegatio actionis v rízení legisakēním (D. a. nel proc. delle l. a.); *Wirbel Ch.* Le cognitor (Id.); *Eisele F.* Studien etc. Nochmals zur Zivilität der Cognitur (Id.); *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Addit. (Id.) — 3-4: Vančura J. Knihi pozemkové v rímském Aegytě (Libri fond. nell'Egitto rom.); Henner K. Několik porznámek ke sporu o privilegium cleri quoad forum criminale v říši římské (Alcune osserv. sulla questione del ... nell' Impero rom.).

SSAC. V. '12. 3-4: Giorgi T. Le orig. dell'ordinam. centuriato e dei tribuni; Cantarelli L. Torquatus Gennadius (Cod. I. 4. 5); Fraccaro P. Studi sull'età dei Gracchi; *Oxyrh. Papyr.* VIII e IX (G. Bortolucci).

SSe. XXIX (Seconda Serie IV). '12. 3-4: Leicht P. S. Iura et actiones nel periodo prebolognese; Ferrara F. Il pagamento ob turpem causam.

STAP. CLXXIX (N. S. LXXIX) a. LXXIII. '13[1]. 3: Cavaignac E. La question de l'organis. centuriate du xve au xxe siècle.

* Col vol. XXVI. '09 è cominciata la Quarta Serie; in questo senso vanno corrette le indicazioni date nei precedenti spogli.

** Gli articoli di questa Rivista sono seguiti da traduzione francese.

SUP. I. '13: ALBERTARIO E. Il possesso del superficiario; ID. Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori.

Th. LXXIV. '13. 2: PAPPULIAS D. P. Het Helleensche privaatrecht in zijn historische ontwikkeling (*cfr. qui* pag. 289. Traduz. di J. C. NABER); NAAP J. M. Het iudicium legitimum in de Romeinsche wetgewing van 86-64 v. Chr. (Il i. l. nella legisl. rom. da ecc.) (cont.).

ThLZ. XXVII. '12. 20: *Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde (A. SCHULTEN).

ThP. I. '13. 1: HOLEWINSKI W. Rzut oka na szkoly prawa rzymskiego we Wloszech i Francyi (Uno sguardo alle scuole di d. r. in Italia e in Francia).

TPAPhA. XLI. '10: HEWITT J. W. Necessity of Ritual Purification after Justifiable Homicide.

TR. XXV. '12. 3-4: *Ingstad M.* Om Leie efter romersk Ret (F. HAGERUP). — XXVI '13. 1-2: *Nys E.* Le dr. rom., *Hirzel R.* Steinigung (F. DAHL) — 3: *A. v. Tewes* Nekrol (ID.).

UC. '12: BOUCAUD CH. La première ébauche d'un droit chrétien dans l'antiquité rom.

VG. III '13. 1. WAGNER W. Rechtl. u wirtschaftl. Belehrungen im Ramen der röm. Gesch.

VoP. '10. 2: *Frese B.* Aus dem gräko-ägypt. Rechtsleben (A. WORMS).

VSW. X. '12 3: *Trapenard C.* Ager scripturarius (BELOCH). —— XI. '13. 1-2: *Schwarz K.* Altröm. Agrarprobleme (L. M. HARTMANN).

WKPh. XXIX. '12. 36: *Αρβανιτοπουλλος Α. Σ.*, Θεσσαλικαὶ ἐπιγραφαί (W. LARFELD) — 37: *Kipp Th.* Humanismus u. RW. (TH. OPITZ) — 41: *Cuq E.* Le sénatuscons. de Délos de l'an 166 avant notre ère (W LARFELD) — 46: *Kohler J.* u. *Ziebarth E.* Das Stadtrecht von Gortyn (F. CAUER) — 47: *Giorgi T.* I fasti consolari (O. LEUZE) — 49: *Raeder A.* L'arbitrage intern. (W. LARFELD) — 50: *Giorgi T.* Il decemvir. legisl. (O. LEUZE) — 51: *Stein A.* Verwaltungsbeamten (E. HOHL). —— XXX. '13. 2: *Lesquier J.* Instit. milit. (A. WIEDEMANN) — 6 *Brillant M.* Secrét. athén. (F. CAUER). — 13: *Kalb W.* Wegweiser in die röm. Rechtssprache (E. GRUPE) — 14: *Bruns-Gradenwitz* Fontes, Addit. (ID.) — 15: *Strachan-Davidson J. L.* Rom. Criminal Law (ID.) — 18: *Bloch I.* Die Prostitution I (MEYER-STEINEG) — 24: *Bandel F.* Diktaturen (SOLTAU).

WS. XXXIV. '12. 1: Swoboda H. Die ätolische Komenverfassung; Stein A. Griech. Rangtitel in der Kaiserzeit; Brassloff S. Die gesetzl. Erbfolge in R. von Gortyn.

ZDZ. XLIII '12-13. 1-2: Kann Gesamtbericht üb. die Literatur des d. Zivilprozesses für das Jahr '10, Gesch., Röm. R. — 3: *Bertolini C.* Appunti, Proc. civ. r. I (K. Schneider).

ZG. LXVI (N. F. XLVI). '12. 2-3: *Pöhlmann R. v.* Aus Altertum u. Gegenwart, N. F. (O. Wackermann) — 7-8: *Kipp Th.* Humanismus u. RW. (H. F. Müller) — 11: Isleib W. Die Bedeutung des humanist. Gymnasiums für den künftigen Juristen — 12: *Pölhmann R.* v. Gesch. der sozialen Frage[2] (O. Wackermann).

ZGStrW. XXXIII. '11-12. 7: Literaturbericht, *Hirzel R.* Die Strafe der Steinigung (H. Knapp).

ZMNP. '12. 2: Lukjanov S. Lex Iulia de civitate 664-90 — 12: *Martin V.* Les épistratèges (S. P. Singalevič).

ZOeG. LXIII. '12. 5: Stein A. Papyruskunde und Altertumswissenschaft (*Mitteis L.* u. *Wilcken U.* Papyruskunde).

ZPOeRG. XXXIX. '12: *Pfaff I.* Prodigalitätserklärung (H. Krüger); *Girard P. F.* Mélanges I Sources (A. Berger). — 2-4: Berger A. Oeffentlich-und Privatrechtliches aus der neuesten Papyrusliteratur.

ZSS. *RA*. XXXIII. '12: Albertario E Di alcune innovaz. giustin. riguardanti la cura minorum; Bekker E. I. Das r. R. und die Rechtsformen der Gegenwart; Kantorowicz H. U. Max Conrat (Cohn) u. die mediävistische Forschung; Koschaker P. Zur Gesch. der arrha sponsalicia; Lotmar Ph. Marc Aurels Erlass üb. die Freilassungsauflage; Mitteis L. Ueb. die sog. lex (Julia) municipalis; Id. Zur Interpolationsforschung; Riccobono S. Traditio ficta; Schulz F. Scientia, Dolus u. Error bei der Stellvertret. nach. klass. r. R.; Weiss E. Recitatio u. Responsum im r. Provinzialprozess, ein Beiträg zum Gerichtsgebrauch; Wlassak M. Praescriptio u. bedingter Prozess — *Miszellen*: Landsberg E. Die deutschen Rechtstudenten zu Padua; Pescatore G. Verzeichnis legistischer Distinktionen mit Angabe des Verfassers; Peters H. Zur Schrift Modestins Παραίτησις ἐπιτροπῆς καὶ κουρατορίας; Samter R. Nachtrag zu Gaius II 82; Weiss E. Zur Publizität der Prodigalitätserklärung im hellenist. R.; Wenger L. Ein eidliches Gestellungsversprechen; Zocco-Rosa A. Per Appius Claudius e per l'*Ius Flavianum* — *Literatur: Frese B.* Aegypt

Rechtsleben (L. MITTEIS); *Berger A.* Strafklauseln (ID.); *Seckel E.* Distinctiones Glossatorum (G. PESCATORE); *Fischbach O.* Treuhänder u. Treuhandgeschäfte (P. KOSCHAKER); *Riezler E.* Venire contra factum proprium (P. KOSCHAKER); *Raape L.* Griech. Pfand (E. F. BRUCK); *Cugia S.* Sulla dottr. della causa nel negozio giur., L'espress. 'mortis causa' (E. F. BRUCK); *Kohler J.* u. *Ziebarth E.* Das Stadtrecht von Gortyn (B. KÜBLER); *Berger A.* Teilungsklagen (M. FEHR): *Bergman C. G.* Adoptionsrecht (H. PETERS); *Rotondi G.* Gli atti in frode alla legge (H. LEWALD); *Krüger H.* Die prätor. Servitut (H. PETERS); *Haymann F.* Die Haftung des Verkäufers, I (J. PARTSCH); *Gradenwitz O., etc.* Ein Erbstreit (ID.); *Maspero J.* Papyrus grecs d'époque byzant. I. 2 e II. 2 (H. LEWALD); *Hunt A. S.* Oxyrh. Papyr. IX (ID.); *Albertario E.* Excusationes, *Id.* Possesso del superfic., *Id.* Possessio civ. e possessio nat., *Id.* Actio e interdictum, *Id.* Note crit. ai fr. 25 D. 28. 7 e 5 § 1 D. 35. 1 (L. MITTEIS) — *Nachtragsmiszelle*: MITTEIS L. Neue Urkunden. —— *GA.* XXXIII. 12: *Vinogradoff P.* Roman Law in Mediaeval Europe (R. HÜBNER).

ZVB. VII. '13. 1: *Phillipson C.* International Law (L. OPPENHEIM).

ZVR. XXV. 2-3: SCHULZ F. Rechtsvergleich. Forschungen üb. die Zufallshaftung in Vertragsverhältnissen (cont.) —— XXVII. '12. 1-2: SCHULZ F. u. s. (fine); *Brassloff S.* Laesio enormis, *Berger A.* Strafklauseln, *Eisele F.* Studien zur r. RG., *Mitteis L.* Papyruskunde (J. KOHLER) — 3: FRÄNKEL R. Grundsätze der Stellvertret. bei den Scholastiken; KOHLER J. Zur Entw. der Stellvertretungslehre (In Anschluss auf FRÄNKEL R. u. s.); *Maspero J.* Papyrus grecs (J. KOHLER). —— XXX. '12-13. 1-2: JESSNER F. Der Streit üb. die Herkunft der nichtröm. Bestandteile im syrisch. röm. Rechtsbuch, insb. hinsichtlich des Kognatenerbrechts; *Norden F.* Apulejus u. das r Privatr, *Bruns-Gradenwitz* Fontes Additam. (J. KOHLER) — 3: BERGER A. Wohnungsmiete u. Verwandtes in den gräko-ägypt. Papyri; KOHLER J. Ueb. Miet-Pacht-Dienstverträge in Babylon und Aegypten. —— XXX. '13. 1-2: FRESE B. Zur Lehre vom gräko-ägypt. Kauf; KOHLER J. Bemerkung üb. das hellenistische Kaufrecht (in rapporto all'artic. preced.); ID. Der Hallenser Papyrus (*Dikaiomata*).

ZWTh. '12: LIETZMANN H. Ein neues Hilfsmittel zum Papyrusstudium (*Mitteis-Wilcken* Papyruskunde).

CESARE BERTOLINI.

INDICE DEL VOLUME XXV

ALBERTARIO E. — L'origine post classica del possesso dell'usufrutto . . . . . Pag. 5

ALBERTARIO E. — Variazioni di responsabilità nell'« actio depositi » derivanti da patto 15

ROTONDI G. — La responsabilità dell'« heres tutoris » per fatto del suo autore 43

BETTI E. — Sul significato di « contrahere » in Gaio e sulla non-classicità della denominazione « quasi ex contractu obligatio » 65

SOLAZZI S. — Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi allo storia della rappresentanza nel diritto romano) (*Continuazione e fine*) 89

ARANGIO RUIZ V. — Studii formulari - I. De eo quod certo loco dari oportet 130

BONFANTE P. — Il regime positivo e le costruzioni teoriche nel condominio 196

ROTONDI G. — Ancora della genesi sulla teoria della « Fraus legi » 221

Recensioni:

A. BERGER — Die Strafklauseln in den Papyrusurkunden (rec. G. BORTOLUCCI) 59

G. BESELER — Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen. - Zweites Heft (rec. E. ALBERTARIO) 236

G. Rotondi — Gli atti in frode alla legge. Opera premiata dal R. Istituto lombardo di scienze e lettere (rec. E. Albertario) . . . . . Pag. 250

Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento (rec. Biondo Biondi) 255

R. von Mayr — Römische Rechtsgeschichte. I. Buch: Die Zeit des Volksrechtes 1. Hälfte: Das öffentliche Recht; 2. Hälfte: Das Privatrecht (rec. A. Berger) 261

R. Taubenschlag — Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und Vormundschaftsrechts (rec. C. Bertolini) 265

Berger — Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen in klassischen römischen Recht (rec. Biondo Biondi) . 267

Bibliografia — C. Bertolini 273

26

K
9
S75
anno
24-25

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY